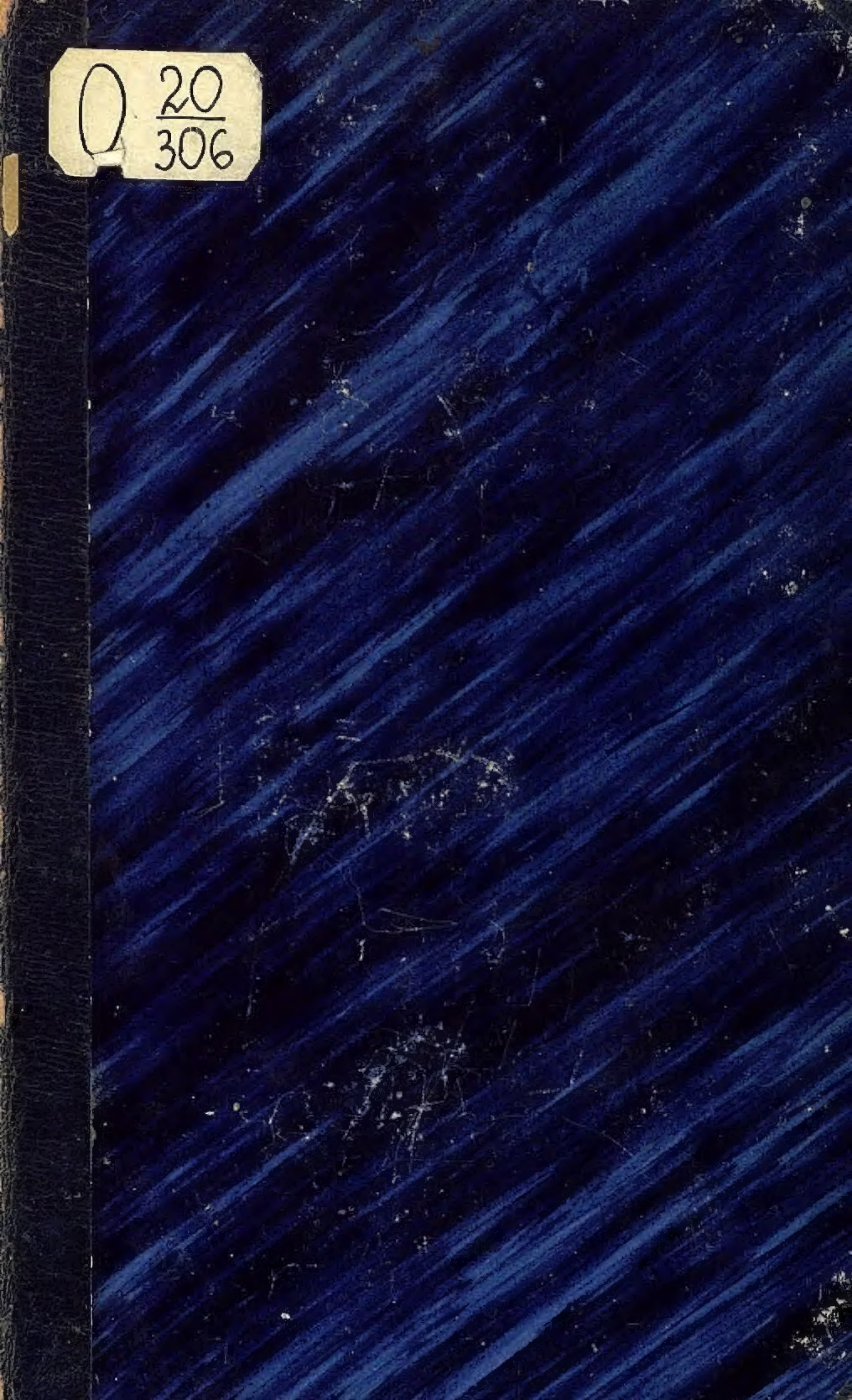

Q 20/306

ИСХОДНЫЕ МОМЕНТЫ

О 20/306

ВЪ ИСТОРІИ

РУССКАГО ПРАВА НАСЛѢДОВАНІЯ.

П. Цитовича.

ХАРЬКОВЪ.
Въ Университетской Типографіи.
1870.

О 20/306

ИСХОДНЫЕ МОМЕНТЫ

ВЪ ИСТОРІИ

РУССКАГО ПРАВА НАСЛѢДОВАНІЯ.

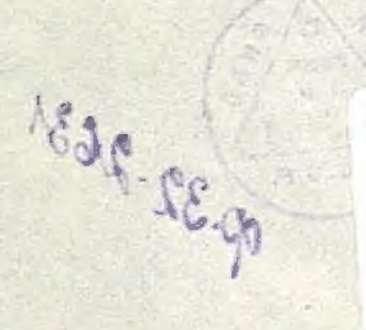
П. Цитовича.

ПУБЛ. БИБЛ. имени В. И. ЛЕНИНА С.С.С.Р.
ф-32-2631

ХАРЬКОВЪ.
Въ Университетской Типографіи.
1870.

Напечатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Харьковскаго Университета.

Ректоръ *В. Кочетовъ.*





СОДЕРЖАНІЕ.

ИСХОДНЫЕ МОМЕНТЫ

ВЪ ИСТОРІИ

РУССКАГО ПРАВА НАСЛѢДОВАНІЯ.

П. Цитовича.

---

§ 1. «Обыкновенно въ нашихъ изслѣдованіяхъ о наслѣдственномъ правѣ берется не столько вопросъ о наслѣдствѣ, сколько о томъ, какія лица имѣютъ право наслѣдовать, кто идетъ впередъ и кто слѣдуетъ за отсутствіемъ ближайшихъ претендентовъ, словомъ, подъ наслѣдствомъ разумѣютъ собственно порядокъ наслѣдованія (т. е., добавимъ отъ себя, кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, и постепенность ихъ допущенія). Это въ высшей степени важная сторона дѣла, но только — одна его сторона» (*Дювернуа*, Источники права и судъ въ древней Россіи. Москва. 1869 г., стр. 141). Односторонность этихъ изслѣдованій не ограничивается только тѣмъ пропускомъ, на который указываетъ Дювернуа. Въ самомъ дѣлѣ, вопросъ собственно о порядкѣ постепеннаго допущенія къ наслѣдству различныхъ лицъ сосредоточилъ на себѣ все вниманіе нашихъ историковъ права, ex professo или мимоходомъ затрогивавшихъ исторію наслѣдованія по русскому праву. Отъ этого не только исторія наслѣдства упущена изъ виду, т. е. не обращено вниманія на тотъ измѣнявшійся составъ, который въ разное время имѣло наслѣдство, какъ совокупность юридическихъ отношеній, остающихся и переходящихъ отъ одного лица къ дру-

гому или другимъ, словомъ — какъ omne jus, quod defunctus habuit (D. de V. S. 1. 24. Сравн. 1 ч. X т. Св. зак. гр. ст. 1104), (*Дювернуа*, ibid.: «Развитіе понятія о наслѣдствѣ имѣетъ свою исторію»), но упущены изъ виду, или скорѣе не заподозрѣны, и другіе, не менѣе, если не болѣе важные вопросы. Такъ, едва-ли кто будетъ сомнѣваться въ томъ, что не только въ исторіи, но и въ догматикѣ наслѣдственнаго права основнымъ вопросомъ представляется прежде всего вопросъ о томъ, въ какомъ отношеніи находятся между собою тѣ необходимо противоположные принципы, борьба и примиреніе которыхъ обусловили такой своеобразный характеръ, напр. наслѣдованія въ римскомъ правѣ или германскомъ. Мы говоримъ объ отношеніи и борьбѣ принципа субъективнаго произвола (testamentum) и принципа, на которомъ основано наслѣдованіе въ силу родственной связи (наслѣдованіе по закону). Между тѣмъ, въ своемъ знаменитомъ сочиненіи — Das Erbrecht in der weltgeschichtlicher Entwickelung, Гансъ слѣдитъ за развитіемъ права наслѣдованія у разныхъ народовъ по преимуществу съ точки зрѣнія борьбы и взаимнаго отношенія сказанныхъ двухъ принциповъ. Та-же точка зрѣнія одна изъ господствующихъ въ сочиненіи *Лассаля* — System der erworbenen Rechte. Bd. II. Въ нашихъ же изслѣдованіяхъ о русскомъ правѣ наслѣдованія дѣло представляется такъ, будто никакой борьбы не существовало и не могло существовать, будто уже на первыхъ порахъ, именно, еще въ договорахъ русскихъ съ греками, вполнѣ освященъ принципъ субъективнаго произвола и ему отдано полное преимущество предъ принципомъ родовой связи, какъ принципомъ юридической необходимости. Оставалось послѣ этого видѣть въ древнемъ наслѣдованіи по закону какой-то дополнительный, гипотетическій характеръ, хотя всѣмъ, занимавшимся исторіею какого бы то ни было права, не безъизвѣстно, что существованіе такъ - называемыхъ гипотетическихъ или диспози-

тивныхъ нормъ есть явленіе сравнительно позднѣйшее. Далѣе, вопросъ о томъ, какимъ путемъ выработалась та юридическая догма, что на наслѣдника переходятъ и долговыя требованія и долги наслѣдодателя, тоже не затронутъ, или по-крайней-мѣрѣ, не предполагается возможнымъ и нужнымъ; дѣло представляется такъ, будто подобная догма дана была сама собою въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ она признана въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ. Далѣе, вопросъ о принятіи наслѣдства, о его послѣдствіяхъ, формахъ, его значеніи, тоже не обратилъ на себя почти никакого вниманія нашихъ историковъ права, будто-бы въ самомъ дѣлѣ принятіе наслѣдства было дано само собою, какъ нѣчто готовое на первыхъ-же порахъ исторіи русскаго права, готовое хотя-бы даже въ томъ видѣ, въ какомъ мы знаемъ его теперь. Упущеніе изъ виду вопроса объ отношеніи принципа субъективнаго произвола къ принципу родственной связи, естественно, сдѣлало невозможнымъ возникновеніе вопроса о томъ, что за причина, что въ исторіи русскаго права дарственная запись и духовное завѣщаніе постоянно смѣшивались между собою и окончательно различены, хотя тоже формально, только въ послѣднее время, но и то наслѣдованіе по завѣщанію поставлено въ ряду безмездныхъ сингулярныхъ способовъ пріобрѣтенія правъ на имущества. Наконецъ, можемъ еще указать и на то, что, напр., институтъ душеприкащиковъ остается и теперь какою-то загадкой, съ которою не знаетъ какъ и быть современная практика. Можно было бы указать и на другіе пропуски, но, кажется, достаточно и сдѣланныхъ, чтобы видѣть, что изслѣдованія о русскомъ правѣ наслѣдованія пошли крайне односторонне, оставивши въ сторонѣ важнѣйшія стороны и важнѣйшіе вопросы этого института. Что же отсюда? Невольно вспоминаются слова Д. И. Мейера: «основныя начала нашего права наслѣдованія мало уяснены въ ихъ существѣ, мало развиты въ ихъ практическихъ выводахъ»

(изд. 4, стр. 629). И мы прямо утверждаемъ, что причиною этому не только отсутствіе экзегетической обработки нашего гражданскаго права вообще, на которую какъ на панацею смотритъ г. Думашевскій («Что такое наше правовѣдѣніе». Журн. Мин. Юст. 1866 г.),—нѣтъ, намъ кажется, что и самая экзегеза наслѣдственнаго права невозможна, если не будетъ указанъ и обслѣдованъ тотъ историческій процессъ, которымъ вырабатывались догмы наслѣдованія, существующія въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ. Необходимо наслѣдить первый поводъ, исходный моментъ возникновенія той или другой догмы, указать на то, каково было ея содержаніе на первыхъ порахъ, какъ и почему это содержаніе впослѣдствіи измѣнялось и расширялось. Безъ такихъ изслѣдованій система нынѣ дѣйствующаго права наслѣдованія не можетъ быть приведена въ порядокъ, не можетъ быть уяснена во взаимномъ отношеніи слагающихъ ея догмъ. Послѣ этого, слова К. Д. Кавелина — «Сводъ законовъ гражданскихъ представляетъ о порядкѣ наслѣдованія по закону цѣлое округленное ученіе, которое хотя и построено на разнородныхъ началахъ, но въ практическомъ отношеніи возбуждаетъ мало сомнѣній и вопросовъ» (Взглядъ на развитіе законнаго порядка наслѣдов., стр. 47) — справедливы лишь на-столько, на-сколько дѣйствительно по нынѣ дѣйствующему законодательству не представляетъ сомнѣнія вопросъ о томъ, изъ кого составляется кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, и на чемъ основана постепенность ихъ допущенія къ наслѣдству. Но самъ авторъ понимаетъ порядокъ наслѣдованія не въ такомъ смыслѣ, и если такъ, то остаются сомнительными, напр., хотя-бы вопросъ о collatio, о transmissio, о jus accrescendi и т. д. Всѣ такіе вопросы далеко не ясны и не поставлены внѣ всякихъ сомнѣній и недоразумѣній. Конечно, сомнительность того или другого вопроса и даже возможность его возникновенія зависитъ отъ способности и охоты сомнѣваться и будить во-

просы. Если мы и видимъ, что вопросъ о порядкѣ призыва къ наслѣдованію и постепенность допущенія не возбуждаетъ особенныхъ сомнѣній, то это и не удивительно, — на него по преимуществу налегали и законодательство и литература. Во всемъ остальномъ система нынѣ дѣйствующаго права наслѣдованія представляется въ хаотическомъ состояніи, и прежде всего, опять таки повторяемъ, загадочнымъ представляется отношеніе завѣщательнаго наслѣдованія къ наслѣдованію по закону. Между тѣмъ эта система представляется продуктомъ длиннаго историческаго процесса; она результатъ развитія, которое не всегда было правильно и регулярно, въ главнѣйшихъ моментахъ своихъ совершилось въ эпоху неурядицы поземельныхъ отношеній, кочеванья всѣхъ сословій,—характеръ помѣстной системы. И вотъ, между прочимъ, въ концѣ концовъ получилось освященіе принципа завѣщательнаго произвола, не умѣреннаго и не ограниченнаго ни чѣмъ, въ родѣ Pflichttheil римскаго права и другихъ основанныхъ на немъ законодательствъ. Ничего подобнаго нѣтъ у насъ, и причина, если можно такъ выразиться, историческое недоразумѣніе закона. Потому, если и можетъ быть разъяснена система нынѣ дѣйствующаго наслѣдственнаго права, то не иначе, какъ подъ тѣмъ условіемъ, если будутъ раскрыты тѣ основные принципы, которые были движущими пульсами въ исторіи русскаго наслѣдованія. Но для этого необходимо прежде всего опредѣлить, фиксировать тѣ исходные пункты, тѣ начальныя догмы, съ которыхъ началось органическое движеніе того процесса, результатомъ котораго является система русскаго наслѣдованія въ ея нынѣшнемъ видѣ. Нужно указать тѣ поводы, которые вызвали на свѣтъ ту или другую догму, словомъ, на исторію русскаго наслѣдованія нужно взглянуть догматически, безъ всякой предвзятой идеи, безъ намѣреній оправдать что-нибудь въ родѣ теоріи общиннаго или родоваго

быта, какъ это дѣлали напр. съ одной стороны г. Бѣляевъ, съ другой г. Никольскій.

§ 2. Въ такомъ родѣ, съ такими цѣлями мы предпринимаемъ настоящее изслѣдованіе. Мы не имѣемъ въ виду обнять весь историческій процессъ рожденія и развитія всѣхъ догмъ наслѣдственнаго права; подобная задача слишкомъ трудна, хотя волей-неволей она предстанетъ во всей полнотѣ своего содержанія, какъ-скоро начнется научная обработка русскаго гражданскаго права. Мы обратимъ вниманіе лишь на тѣ догмы, которыя оказываются уже въ первую пору исторіи русскаго права, и обратимъ вниманіе на ихъ содержаніе лишь на столько, на-сколько оно обнаружилось въ эту эпоху. Это та пора русской жизни, когда право было непосредственнымъ продуктомъ свободно развивающагося народнаго юридическаго сознанія, когда народъ имѣлъ и осуществлялъ свое *право призванія* князей (*Сергѣевичъ*, Вѣче и Князь), «когда народная жизнь текла свободно, предоставленная самой себѣ, своимъ силамъ, своимъ средствамъ» (*Дювернуа*, стр. 1). Въ эту пору и сложились вполнѣ, или, по-крайней-мѣрѣ, заложились тѣ догмы наслѣдственнаго права, которыя потомъ перешли въ законодательство, задача котораго долго состояла лишь въ томъ, что оно точнѣе опредѣляло тѣ нормы права, которыя уже прежде были выработаны народною жизнью въ формѣ обычнаго права (ibid. стр. 11). Первымъ актомъ законодательной дѣятельности, охватившимъ или, по-крайней-мѣрѣ, пытавшимся охватить весь юридическій бытъ русскаго народа, конечно, было «Уложеніе» Алексѣя Михайловича. Предыдущіе акты законодательной дѣятельности, пытавшейся дать систему юридическихъ нормъ, не имѣютъ самостоятельнаго значенія, по крайней мѣрѣ относительно права наслѣдованія, — они тѣсно примыкаютъ къ тѣмъ формамъ и началамъ, которыя были уже выработаны до нихъ и могутъ быть наблюдаемы, или въ полномъ

своемъ содержаніи, или хотя въ зародышѣ, уже въ первомъ памятникѣ русскаго права — въ «Русской Правдѣ». Такимъ образомъ, не считая нужнымъ опредѣлять размѣры своей задачи хронологическими границами, мы опредѣлимъ лучше ея внутреннее содержаніе; съ этой стороны объемъ преслѣдуемой нами задачи опредѣляется слѣдующимъ образомъ: мы будемъ слѣдить за тѣми догмами, которыя уже встрѣчаются намъ въ первомъ памятникѣ русскаго права, и за тѣми поводами, которые даны были въ этомъ-же памятникѣ для возникновенія новыхъ догмъ, которыя выступили и развились впослѣдствіи. Спрашивается, какіе же вопросы обратятъ наше вниманіе? Главнымъ образомъ насъ остановитъ вопросъ о томъ, на какомъ принципѣ было построено наслѣдованіе въ древнѣйшую пору, т. е. въ томъ видѣ, въ какомъ мы можемъ наблюдать его въ древнѣйшемъ изъ дошедшихъ до насъ памятниковъ русской юридической жизни. Является ли начало свободнаго завѣщанія, т. е. субъективнаго произвола, какъ нѣчто готовое уже на первыхъ порахъ, какъ начало, нетребовавшее для себя никакихъ особенныхъ формъ и поводовъ для своего развитія, ничѣмъ не умѣренное и не ограниченное и только позднѣе поставленное въ извѣстныя ограниченія? Или, напротивъ, оно вызвано было къ жизни какимъ-нибудь поводомъ, какимъ-нибудь своеобразнымъ вліяніемъ вновь появившейся силы и за-тѣмъ было развито и проведено въ жизнь далѣе тѣхъ предѣловъ, въ которыхъ оно было допущено сущностью первоначальнаго повода? Ходячее мнѣніе, какъ мы замѣтили уже выше, на первый вопросъ отвѣчаетъ утвердительно, даже не подозрѣвая возможности втораго; подобнаго подозрѣнія не замѣтно даже у новѣйшаго писателя г. Дювернуа. Напротивъ, какъ увидимъ ниже, онъ присоединяется къ стороннику господствующаго воззрѣнія въ самомъ крайнемъ его выраженіи, т. е. къ г. Бѣляеву, по мнѣнію котораго завѣщательное наслѣдованіе будто

бы даже предшествовало наслѣдованію по закону, т. е. наслѣдованію необходимому. Конечно, г. Дювернуа не разъ по этому поводу впалъ въ противорѣчіе съ самимъ собою; онъ противорѣчитъ своему же, прекрасно развитому, воззрѣнію на значеніе обычнаго права въ древне-русской жизни, а за-тѣмъ не разъ противорѣчитъ тому, что имъ-же сказано о значеніи и характерѣ древне-русскаго завѣщанія, или правильнѣе, духовной грамоты, которая, съ одной стороны, представляется какъ рядъ, а съ другой какъ опись, какъ инвентарь составныхъ частей актива и пассива имущества, оставляемаго умирающимъ. Другой вопросъ, который займетъ насъ, по крайней мѣрѣ, будетъ поставленъ, — существуетъ ли уже въ первую пору догма перехода на наслѣдниковъ и долговъ умершаго и его долговыхъ требованій, и если не существуетъ, то нѣтъ ли по-крайней-мѣрѣ повода къ ея возникновенію, какимъ способомъ она могла быть проведена въ жизнь. Третій вопросъ — въ какомъ началѣ выражалась родственная связь какъ основаніе наслѣдованія по закону въ силу юридической необходимости, признана ли она лишь въ предѣлахъ семейнаго начала, или же идетъ дальше, выражаясь родовымъ началомъ. Если родственная связь ограничена лишь предѣлами семейнаго начала, то не было ли дано въ самой жизни повода къ возникновенію и начала родоваго? Интересно также задать себѣ вопросъ, существуетъ или нѣтъ въ Русской Правдѣ *принятіе* наслѣдства? если не существуетъ, то почему, и за-тѣмъ интересно указать, когда и подъ какими условіями возникаетъ эта фаза, необходимая во всякой развитой системѣ наслѣдованія. Таковы главные вопросы, которые будутъ затронуты въ нашемъ изслѣдованіи и рѣшены одни полнѣе, другіе въ видѣ болѣе или менѣе вѣроятной догадки.

Матеріаломъ для нашихъ выводовъ и соображеній, естественно, могутъ быть лишь памятники положительнаго права, ко-

торымъ мы не можемъ отказать въ томъ, что выраженныя въ нихъ начала действительно начала современной имъ юридической жизни. А такъ-какъ мы уже сказали, что главнѣйшія догмы наслѣдственнаго права уже или выработаны, или, по-крайней-мѣрѣ, заложены въ первомъ юридическомъ памятникѣ и что за-тѣмъ онѣ только опредѣлялись въ послѣдующихъ актахъ законодательной дѣятельности и въ частныхъ сдѣлкахъ, то, естественное дѣло, мы, имѣя въ виду указать лишь на тѣ догмы наслѣдственнаго права, которыя встрѣчаются намъ на порогѣ положительной исторіи русскаго права, должны исключительно остановиться на томъ памятникѣ, съ котораго открывается эта исторія, т. е. на Русской Правдѣ въ ея послѣдней редакціи. На памятникахъ позднѣйшихъ, будутъ ли то памятники законодательной дѣятельности, каковы Псковская судная грамота и Судебники, или памятники частныхъ сдѣлокъ, намъ нѣтъ надобности останавливаться спеціально; достаточно, если мы будемъ напоминать себѣ ихъ общій характеръ, ту или другую догму, указывающую на связь ихъ съ первымъ памятникомъ юридической жизни, т. е. съ Русскою Правдой.

§ 3. Но вотъ намъ предстоитъ предварительный вопросъ — въ-правѣ ли мы смотрѣть на Русскую Правду какъ на первый памятникъ русскаго положительнаго права наслѣдованія? Нѣтъ ли памятника болѣе древняго, который мы не должны обходить? Такимъ первымъ по времени памятникомъ, съ котораго обыкновенно ведутъ начало исторіи русскаго наслѣдованія, принято считать оба договора руссовъ съ греками и въ-особенности первый изъ нихъ (911 г.). Съ легкой руки Эверса, такой взглядъ на сказанные договоры сталъ господствующимъ. Г. Бѣляевъ видитъ въ договорахъ начало «чисто русскаго закона о наслѣдованіи» (Наслѣдство безъ завѣщанія, стр. 8). Вотъ его между прочимъ слова: «Ученіе о наслѣдствѣ въ договорѣ Олега съ греками высказалось довольно темно; договоръ лишь намек-

нулъ, что право наслѣдства (замѣтимъ кстати отсутствіе всякой точной терминологіи у большинства нашихъ писателей: слова «наслѣдованіе» и «наслѣдство» постоянно употребляются одно вмѣсто другаго; сбивчивость X т., конечно, не оправданіе) по закону принадлежитъ одному только нисходящему потомству. Но этотъ намекъ явился вполнѣ согласнымъ съ опредѣленнымъ и яснымъ ученіемъ Русской Правды о томъ-же предметѣ, появившемся письменно въ XII стол., и поставилъ русское ученіе о наслѣдствѣ въ полномъ сочувствіи и родствѣ со всѣми славянскими законодательствами, образовавшимися въ исконномъ общинномъ бытѣ, и въ то-же время показалъ, что ученіе сіе въ самыхъ основахъ своихъ разногласитъ съ ученіемъ о наслѣдствѣ у германцевъ и у другихъ народовъ, жившихъ подъ вліяніемъ родоваго быта» (Ibid. стр. 37). Далѣе: «Такимъ образомъ русскій законъ о наслѣдствѣ, при первомъ же появленіи въ письменности и на первыхъ порахъ образованія русскаго государства, является во всемъ сочувствущимъ славянскому юридическому взгляду и въ то-же время во многомъ существенно не соглашается съ законодательствами германскими о томъ-же предметѣ и прямо свидѣтельствуетъ объ общинномъ, а не родовомъ бытѣ русскаго общества еще до начала образованія русскаго государства» (Ibid. стр. 19). Мы нарочно выписали длинныя выдержки изъ сочиненія почтеннаго дѣятеля въ области исторіи русскаго права, чтобы показать, съ какими иногда совсѣмъ не юридическими цѣлями приступаютъ наши ученые къ изученію древнихъ юридическихъ памятниковъ. Не ясно ли, что г. Бѣляеву хочется, во что бы то ни стало, доказать единство славянскаго духа и контрастъ его съ духомъ германскимъ и, за-тѣмъ, найдти въ договорѣ доказательство защищаемой имъ теоріи общиннаго быта? Задавшись такими цѣлями, г. Бѣляевъ дѣйствительно и находитъ то, что ему нужно, только вопросъ въ томъ, какъ находитъ?—дополняя редак-

цію постановленій договора толкованіями, произвольность которыхъ не можетъ не броситься въ глаза (Ср. *Кавелина*, Взглядъ на историческое развитіе русскаго порядка законнаго наслѣдованія. 1860 г., стр. 14 и слѣд.; *Неволинъ*, Истор. русск. граж. зак. т. 2. стр. 286). Господствующій взглядъ на значеніе договора Олега съ греками для исторіи русскаго наслѣдованія, по нашему мнѣнію, совершенно правильно оцѣненъ г. Никольскимъ въ его сочиненіи: «О началахъ древнѣйшаго права наслѣдованія. Москва. 1859». Вотъ что онъ говоритъ по поводу этихъ договоровъ вообще и по поводу мнѣнія г. Бѣляева въ-особенности. «На основаніи договора Олега съ греками нѣтъ возможности дѣлать какія бы то ни было заключенія и посылки о наслѣдованіи въ это время у славянъ, не смѣшивая двухъ народностей, совершенно различныхъ между собою. Тѣмъ не менѣе наши изслѣдователи до сего времени не затрудняются разсматривать договоръ съ греками, какъ памятникъ чисто славянскаго права» (стр. 214). И далѣе: «г. Бѣляевъ сильно грѣшитъ и противъ значенія договора Олега, смѣшивая участвовавшія въ немъ народности, и противъ духа времени, занося несвойственныя ему понятія и представленія» (Ibid. стр. 215). «Отрѣшившись отъ времени и народности, къ которымъ относятся постановленія Олегова договора, Бѣляевъ въ своихъ выводахъ ушелъ слишкомъ далеко» (стр. 216). «Въ разсматриваемое время, ни у руссовъ, ни у славянъ наслѣдственнаго права въ томъ видѣ, какъ предполагаетъ его Бѣляевъ, быть не могло и не было» (стр. 219, ср. 95). Отъ г. Бѣляева не далеко отстаетъ въ своихъ выводахъ и г. Лакіеръ, опредѣляя значеніе договора съ греками для исторіи русскаго права наслѣдованія; даже слово «ближники» онъ думаетъ объяснить изъ судебниковъ и дополнительныхъ къ нимъ постановленій (*Лакіеръ*, О вотчинахъ и помѣстьяхъ, стр. 156, на ней примѣч. 91 и 92). Кто же правъ — г. Никольскій, или

сторонники противнаго мнѣнія? Дѣйствительно ли договоры съ греками должны считаться такимъ памятникомъ, въ которомъ содержатся какія-нибудь начала, какія-нибудь догмы древнѣйшаго русскаго наслѣдованія? Допустимъ пока, что, по самому характеру своему, по самому способу и поводу своего возникновенія, этотъ памятникъ могъ воспринять въ себя тѣ или другія нормы русскаго положительнаго права, — и послѣ этого, что мы найдемъ въ немъ? Въ немъ, дѣйствительно, есть три статьи, по поводу которыхъ можно повести рѣчь о наслѣдованіи до Русской Правды послѣдней редакціи. Эти статьи слѣдующія: 1) *аще кто умретъ, не урядивъ своего имѣнія, ни своихъ не иматъ, да возвратитъ имѣніе къ милымъ ближникамъ въ русь.* 2) *Аще ли сотворитъ обряженіе, да таковой возъметъ уряженное его; кому будетъ писалъ наслѣдити имѣніе его, да наслѣдитъ ю отъ взымающихъ куплю руси, отъ различныхъ ходящихъ въ греки и должающихъ.* 3) *Аще ли убѣжитъ сотворивый убійство, да аще ли есть имовитъ, да часть его, сирѣчь иже его будетъ по закону, да возъметъ ближній убіеннаго, а и жена убившаго, да иматъ, толицѣмъ же пребудетъ по закону* («Собраніе важнѣйшихъ памятниковъ по исторіи древняго русскаго права». Спб. 1859 г.). На основаніи этихъ трехъ статей создана цѣлая, довольно полная система русскаго права наслѣдованія, о которой впрочемъ нѣтъ и помину во все время отъ договора съ греками до Русской правды послѣдней редакціи, т. е. около трехъ столѣтій. Такъ, высказано: 1) будто договоръ Олега знаетъ и проводитъ различіе между завѣщательнымъ и законнымъ наслѣдованіемъ, отдавая притомъ преимущество первому, такъ что постановленія о законномъ наслѣдованіи являются съ характеромъ нормъ гипотетическихъ» (*Неволинъ*, Ист. гражд. зак. Т. 2. стр. 286; *Бѣляевъ*, Наслѣдство безъ завѣщ., ст. 8; *Куницынъ*, О наслѣдственныхъ правахъ лицъ женскаго пола. Актъ

Импер. харьк. унив. 1844 г. стр. 66). «Но, принимать, будто уже въ эпоху договоровъ съ греками, въ Россіи существовали два порядка наслѣдованія, не представляется основанія» *Witte*, Ein Blick auf die geschichtliche Entwickelung des älteren russischen Erbrechts, bis zum Gesetzbuche des Zaren Alexei Michailowitsch. Dorp. 1848), и почему такъ, мы увидимъ ниже. 2) Высказано далѣе, что въ договорахъ окончательно утвердилась та догма, что къ наслѣдованію призываются лишь наслѣдники, которые опредѣляются по началу семейному, а не родовому, — отсюда, какъ мы видѣли, заключеніе о семейномъ общинномъ бытѣ нашихъ предковъ. 3) Высказано, что умирающій ничѣмъ не ограниченъ въ своихъ предсмертныхъ распоряженіяхъ; субъективный произволъ признанъ безгранично и безусловно. Наконецъ, 4) высказано, будто признано нѣчто въ родѣ указной доли жены, или по-крайней-мѣрѣ неприкосновенность ея приданаго, а быть можетъ, и вѣна (съ колебаніями обо всемъ этомъ говоритъ г. Кавелинъ, «Взглядъ», стр. 14—15, г. Шульгинъ: «вдовѣ искони предоставлена была нѣкоторая часть изъ имущества мужа, слагавшаяся, вѣроятно, изъ приданаго и вѣна. Неприкосновенность этой вдовьей части.... гарантирована въ договорѣ Олега съ греками».... «О состояніи женщинъ» и проч., стр. 67).

§ 4. Едва-ли хотя одно изъ этихъ положеній имѣетъ подъ собою прочную основу, едва-ли хотя одно изъ нихъ не concludit a precario, и мы съ такимъ-же правомъ можемъ утверждать, что приведенныя статьи договора развѣ даютъ поводъ поговорить о наслѣдованіи, а никакъ не даютъ указаній, по которымъ бы можно было хотя приблизительно возсоздать это наслѣдованіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно существовало въ разсматриваемую эпоху. Въ договорѣ Олега съ греками «вопросъ состоитъ не въ томъ, кто наслѣдуетъ по законамъ крови (это, конечно, какіе-нибудь новые законы; или, прибавимъ,

по другому основанію, если-бъ даже въ то время такое основаніе и было), а въ томъ, какъ распорядиться имуществомъ, если умершій не имѣлъ при себѣ родственниковъ» (*Никольскій*, стр. 211). И во всякомъ случаѣ, извѣстія о наслѣдованіи, какія мы находимъ въ договорѣ, ничего не объясняютъ (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 14). Въ самомъ дѣлѣ, переведемъ на русскій языкъ первыя двѣ изъ приведенныхъ статей. Ст. 1-я: если кто изъ *работающихъ* (т. е. изъ находящихся въ службѣ, а не военноплѣнныхъ, какъ думаетъ г. *Лавровскій*, О византійскомъ элементѣ въ договорахъ русскихъ съ греками, стр. 129; военно-плѣнный по византійскому праву рабъ, *Никольскій*, стр. 222, примѣч. 1.) въ Греціи, у христіанскаго царя, умретъ, не распорядившись о своемъ имѣніи, и нѣтъ при немъ никого изъ своихъ, то царь обязанъ возвратить имущество въ Русь ближнимъ умершаго». Ст. 2-я: «Если умирающій сдѣлаетъ распоряженіе, тогда тотъ возьметъ имущество, кому оно должно быть сдано, согласно распоряженію умершаго, а наслѣдуетъ тотъ, кто написанъ наслѣдникомъ и получитъ онъ наслѣдство чрезъ торгующихъ въ Греціи и должающихъ тамъ» (значитъ, посредствомъ перевода?). Обѣ статьи имѣютъ въ виду слѣдующій случай: русинъ умираетъ въ Греціи, не имѣя при себѣ никого изъ своихъ, кого бы ни разумѣть подъ своими, что случалось сплошь и рядомъ съ тѣми бездомными искателями приключеній, которые отправлялись на службу въ Византію; какъ быть съ его имуществомъ? Имущество это было имуществомъ варвара и по началамъ византійскаго права подлежало претензіямъ византійскаго фиска. Тутъ нужно было принять какія-нибудь мѣры; онѣ и приняты въ договорѣ Олега. Послушаемъ, въ самомъ дѣлѣ, что говоритъ объ этомъ г. Никольскій, обстоятельнѣе другихъ обслѣдовавшій русское наслѣдованіе. «Вопросъ для Олега настоялъ только относительно руссовъ, служившихъ у христіанскаго царя, которые необхо-

димо дѣлались временными его подданными. Для этого Олегъ вводитъ въ свой договоръ обычное сѣвернымъ народамъ постановленіе, подобное тѣмъ, какія существовали въ Исландіи, по которое подъ вліяніемъ византійскихъ понятій и языка получило видъ узаконенія о наслѣдствѣ по закону и завѣщанію». «Существо требованій руссовъ состояло по отношенію къ Греціи въ томъ, чтобы имущество русса, умершаго безъ родственниковъ въ Греціи, было доставлено его наслѣдникамъ посредствомъ взимающихъ куплю, руси, отъ различныхъ ходящихъ въ Грецію и должающихъ». «Это простое требованіе греки, которые разсматривали оставшееся имущество какъ наслѣдство, и выразили въ правильной юридической формѣ по двумъ способамъ наслѣдованія: по закону и завѣщанію, что чувствуется въ самомъ языкѣ, такъ-какъ статья эта есть буквальный переводъ греческаго подлинника, который самъ собою явно читается между строками» (*Никольскій*, стр. 222 и примѣч. 1; стр. 223 и примѣч. 1 и стр. 224). «Договоры писались греками, какъ народомъ грамотнымъ, потомъ были переведены на славянскій языкъ». У славянъ не только не было выраженій, но даже понятій о многихъ изъ тѣхъ предметовъ, о которыхъ пришлось варягамъ толковать съ греками (О византійскомъ элементѣ въ договорахъ русскихъ съ греками — *Лавровскаго*, стр. 76, 77). Отсюда одно и то-же выраженіе для грековъ, варяговъ и славянъ могло имѣть совершенно различный смыслъ и значеніе: ибо каждый народъ понималъ его по своимъ понятіямъ, относительно своего быта. Буквальному смыслу, слѣдовательно, договоровъ отнюдь не должно довѣрять, если-бы даже они и были разобраны филологически, но принимать каждое ихъ положеніе слѣдуетъ не иначе, какъ только по соображенію съ общимъ бытомъ и харатеромъ того и другаго народа. Не нужно забывать наконецъ и того, что списки этихъ договоровъ появляются не ранѣе XIV и XV вѣковъ, что языкъ ихъ пер-

воначально церковно-славянскій, а что русскій внесен въ нихъ уже впослѣдствіи переписчиками» (*Никольскій*, стр. 211, 212, 213. Интересна общая характеристика договоровъ, тамъ-же на стр. 243). Обѣ статьи касаются только варяговъ, находившихся на службѣ въ Византіи; другихъ лицъ, попадавшихъ въ Византію по другому поводу, именно вслѣдствіе торговыхъ сношеній, договоръ Олега совсѣмъ не касается. Эти лица не становились временными подданными Византіи и относительно ихъ совершенно умѣстнымъ представляется мнѣніе г. Никольскаго, который говоритъ слѣдующее: «относительно свободныхъ, не состоящихъ на службѣ въ чужихъ земляхъ людей, общій порядокъ, котораго держались въ этомъ случаѣ сѣверные народы, а въ томъ числѣ и наши руссы, былъ такой: имущество, оставшееся послѣ умершаго безъ родственниковъ иноземца, прежде всего доставлялось его единоземцамъ, товарищамъ, собесѣдникамъ, которые, безъ всякаго сомнѣнія, передавали его впослѣдствіи, при первой возможности, законнымъ наслѣдникамъ умершаго. За-тѣмъ, если единоземцевъ не было, то къ полученію таковаго имущества призывались туземцы, которые обязаны были оцѣнить его, хранить, получая за сохраненіе Proventus, доходы съ имущества, и наконецъ, возвратить законнымъ наслѣдникамъ, если они отыщутся. Выдача эта обусловлена была явкою самихъ наслѣдниковъ, и совершалась не для всѣхъ народовъ одинаково благопріятно, но зависѣла отъ болѣе или менѣе дружественныхъ отношеній» (*Никольскій*, стр. 221—222). Такимъ образомъ, «обезпечивъ, на-сколько было возможно, торговыя сношенія руссовъ съ греками, Олегъ вноситъ въ свой договоръ особое постановленіе объ имуществѣ тѣхъ изъ своихъ соотечественниковъ, которые, нанимаясь въ службу къ греческому императору, дѣлались временными его подданными» (*Никольскій*, стр. 219 — 20). «Ст. *аще кто умретъ* и т. д. возникла не изъ обычаевъ или законовъ о наслѣдствѣ той или

другой народности, вступившей въ договоръ, но изъ обстоятельствъ времени, изъ того особеннаго, исключительнаго положенія, въ которомъ находились руссы, служившіе въ Греціи. Здѣсь прежде всего имѣется въ виду не наслѣдство (наслѣдованіе?), а *сохраненіе*, сбереженіе и доставленіе по принадлежности имущества умершаго на чужой сторонѣ,—обыкновеннымъ правиламъ наслѣдованія здѣсь не было мѣста. Постановленія эти установляются именно на тотъ случай, когда обыкновенный порядокъ наслѣдованія не могъ быть приложенъ» (*Никольскій*, стр. 211). Если все это такъ, то очевидно, что обѣ характеризованныя статьи, если и относятся къ наслѣдованію, то развѣ какъ опредѣленія порядка охранительнаго, а не какъ опредѣленія матеріальнаго свойства. Онѣ вовсе не имѣютъ въ виду опредѣлить отношеніе завѣщательнаго наслѣдованія къ законному, или опредѣлить кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, и порядокъ ихъ допущенія. Да оно и понятно почему такъ: мы уже упомянули, что обѣ статьи имѣютъ цѣлію устранить претензіи византійскаго фиска и — только (*Witte*, Ein Blick, p. 26). Правда, въ обѣихъ статьяхъ есть указаніе на то, что наслѣдники — милые ближники. Но кто эти милые ближники? Г. Бѣляевъ предпочитаетъ употреблять слова «малые ближники» и за-тѣмъ говоритъ: «подъ малыми ближниками», по соображенію съ послѣдующимъ законодательствомъ, преимущественно съ Русскою Правдой, нужно разумѣть лишь однихъ нисходящихъ, и именно — ближайшихъ, т. е. дѣтей и внуковъ». (Наслѣдство безъ завѣщ., стр. 10). «По договору Олега наслѣдникамя по русскому закону X стол. признавались только нисходящіе, дѣти, внуки и правнуки, и отнюдь не все родство» (Ibid. стр. 11). Но «напрасно Бѣляевъ, увлекшись сомнительнымъ словомъ «малые» или «милые ближники», установилъ свою систему наслѣдованія у славянъ въ это время въ одной нисходящей линіи; и между боковымъ родствомъ могутъ быть

малые и милые» (*Никольскій*, стр. 95). «Слова «свои», «малые» или «милые» ближники — буквальный переводъ византійскихъ техническихъ выраженій — sui, propinqui, proximi. По отношенію къ руссамъ эти выраженія не могли имѣть никакого опредѣленнаго значенія, ибо составъ родства, окружавшаго русса въ Греціи, зависѣлъ отъ обстоятельствъ случая, смотря по тому, кто могъ или хотѣлъ отправиться съ нимъ. Но если-бы даже и принять, что съ выраженіями этими и для руссовъ связаны были опредѣленныя представленія о родствѣ, то малые или милые ближники все-таки не могутъ означать дѣтей умершаго, ибо какъ латинскія выраженія propinqui, proximi, proximiores propinqui, propinquitate proximi, такъ и наши ближніе, по общепринятому ихъ значенію, означаютъ дальнѣйшихъ боковыхъ родственниковъ, въ противоположность ближайшимъ нисходящимъ» (*Никольскій*, стр. 224, сравн. примѣч. на стр. 225; стр. 225, а также стр. 240—241, 244. Ср. *Неволинъ*, Истор. гр. зак. Т. II, стр. 286, 334. *Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 15. Слова милые ближники Витте переводитъ «die lieben Nächsten», Ein Blick, стр. 25). Далѣе, соблазнительною представляется попытка установить порядокъ призыва и самый кругъ ближниковъ аналогически тому порядку, какой указанъ въ *Ярославовой* Правдѣ для осуществленія права мести, какъ это и дѣлаетъ Неволинъ, мнѣніе котораго нашло сторонника въ г. Никольскомъ (стр. 245). Но едва-ли подобная попытка можетъ считаться удачной. Несостоятельность ея очевидна, и мы не можемъ лучше опредѣлить научной годности такой попытки, какъ приведя слова К. Д. Кавелина: «Какъ ни остроумно это сближеніе, говоритъ онъ, но оно при ближайшемъ разсмотрѣніи, оказывается весьма невѣроятнымъ. Въ краткой Русской Правдѣ родственники, которые мстятъ за убитаго, исчисляются въ такомъ порядкѣ: братъ, сынъ, отецъ, племянникъ отъ брата, племянникъ отъ сестры. Если принять, что въ томъ-же

порядкѣ они и наслѣдовали, то остается непонятнымъ и необъяснимымъ, на какомъ основаніи отецъ могъ наслѣдовать послѣ брата и сына, особливо въ то время? Это не согласно ни съ какими извѣстными доселѣ древними порядками наслѣдованія. Неволинъ ссылается, въ подкрѣпленіе своего мнѣнія, на порядокъ наслѣдованія князей въ теченіе удѣльнаго періода; но мы не знаемъ ни одного примѣра, чтобы сынъ исключалъ изъ наслѣдованія отца. При томъ, Русская Правда вовсе не указываетъ на порядокъ, въ которомъ право мести переходитъ отъ одного лица къ другому. Она говоритъ, что мститъ за брата братъ, или за отца сынъ, либо за сына отецъ, или за дядю племянникъ отъ брата, либо за дядю же племянникъ отъ сестры. Стало быть, исчисляется только, *кто за кого можетъ* мстить, и не показано, *кто послѣ кого*. Самое это исчисленіе, очевидно, не полно; ибо если за отца мститъ сынъ, а за сына отецъ, то нѣтъ причины, почему бы, при дозволеніи племяннику мстить за дядю, дядя не имѣлъ права мстить за племянника, а объ этомъ въ Правдѣ ничего не сказано. Наконецъ, въ законѣ Ярославовомъ можно подозрѣвать намѣреніе ограничить кругъ лицъ, имѣющихъ право мести, тогда какъ было бы совершенно произвольно искать для того времени такихъ-же ограниченій наслѣдованія; послѣднія образовались позднѣе, подъ вліяніемъ другихъ обстоятельствъ» (*Кавелинъ*, «Взглядъ», стр. 16. Съ послѣдними словами мы, конечно, не согласны, но они понятны у г. Кавелина, какъ сторонника родоваго быта; мы увидимъ ниже, что впослѣдствіи, подъ вліяніемъ другихъ обстоятельствъ, кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, расширялся, а не съуживался. *Куницынъ*, стр. 87).

Что касается до третьей статьи, она говоритъ: «если убьетъ христіанинъ русина, или русинъ христіанина, то убійца да умретъ на мѣстѣ, гдѣ совершитъ убійство; если же убійца скроется и будетъ имовитъ, то имѣніе его пусть возьметъ ближній

убіеннаго, при чемъ имущество жены остается неприкосновеннымъ» (*Никольскій*, стр. 226). Замѣтимъ прежде всего, что въ договорѣ Игоря 944 г. объ этихъ правахъ жены не упоминается. И такъ, очень можетъ быть, что «право жены получать часть изъ имѣнія мужа не было русскимъ обычаемъ, и введено въ договоръ только для совершеннаго уравненія русовъ, жившихъ въ Константинополѣ, съ греками, у которыхъ существовалъ такой законъ (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 15). Вѣрнѣе всего будетъ сказать, что «статья эта не говоритъ ни слова о какомъ бы то ни было порядкѣ въ преемствѣ имущества, установляя только отвѣтственность убійцы на основаніи мести» (*Никольскій*, стр. 226; *Шульгинъ*, стр. 67). «На основаніи этой статьи нѣтъ возможности дѣлать какія-нибудь посылки къ современному быту у славянъ и къ порядку наслѣдованія въ то время вообще на Руси» (Ibid.). А за-тѣмъ, для насъ рѣшительно все равно, откуда заимствована эта статья — изъ византійскаго ли права, какъ думаетъ г. Кавелинъ, или, быть можетъ, изъ скандинавскаго, какъ это склоненъ думать г. Никольскій (стр. 229—232).

Изъ всего, что мы говорили до сихъ поръ о договорахъ русскихъ съ греками, или, пожалуй, точнѣе, о договорѣ Олега; говорили при томъ, большею частью, не собственными словами, прежде всего слѣдуетъ тотъ выводъ, что договоры эти собственно для исторіи русскаго права наслѣдованія ровно ни на что не годятся и по характеру, и по сбивчивости заключающихся въ нихъ постановленій. Характеръ этихъ постановленій въ томъ, что они предлагаютъ мѣры охраны и доставленія, кому слѣдуетъ, имущества, оставшагося послѣ служилаго варяга, умершаго въ Византіи, и нисколько не опредѣляютъ собою какой-нибудь системы, порядка наслѣдованія. Сбивчивость ихъ въ томъ, во-первыхъ, что изъ нихъ нельзя угадать, о какомъ имуществѣ жены идетъ рѣчь, и догадка г. Шульгина, что это

приданое и вѣно, все-таки догадка, и больше ничего. Во-вторыхъ, такая сбивчивость и темнота въ томъ, что выраженіе «милые» или «малые ближники» не имѣетъ опредѣленнаго значенія и не указываетъ на какой бы то ни было опредѣленный порядокъ наслѣдованія. Уже по одному этому постановленіями договоровъ нельзя воспользоваться для какихъ-нибудь выводовъ, если-бы даже и допустить, что по своей цѣли и способу своего возникновенія эти памятники такого рода, что могли бы заключать въ себѣ опредѣленія русскаго положительнаго права. И тогда мы могли бы только сказать словами г. Никольскаго: «по смыслу постановленій Олегова договора, имущество русса, находившагося на службѣ у византійскихъ императоровъ и умершаго въ Греціи, или доставалось тѣмъ его родственникамъ, которые при немъ находились, или же, если таковыхъ не было, то отсылалось, по его указанію, родственникамъ, находившимся въ Руси. Что-же касается до порядка наслѣдованія, то само собою разумѣется, что онъ опредѣлялся тѣмъ сознаніемъ близости или отдаленности родства, которое имѣли варяго-руссы, т. е. скандинавы, и которое они выразили въ постановленіяхъ Grägas» (*Никольскій*, стр. 95).

§ 5. Но дѣло въ томъ, что за договорами даже трудно признать характеръ и значеніе такого памятника, который могъ бы заключать въ себѣ нормы русскаго положительнаго права. Во-первыхъ, это договоры, а договоръ совсѣмъ не то, что законодательный или вообще юридическій памятникъ внутренняго происхожденія. Во-вторыхъ, договоры эти — соглашенія по преимуществу двухъ народовъ, слѣдовательно, не чужды вліянія византійскаго права и скандинавскаго (*Witte*, Ein Blick, стр. 24). Въ-третьихъ, цѣль договора, по крайней-мѣрѣ, въ тѣхъ статьяхъ, въ которыхъ говорится о наслѣдованіи, оградить руссовъ отъ византійскихъ постановленій относительно правъ фиска на caduca (ibid. стр. 24). Потому... die erb-

rechtlichen Bestimmungen des Tractates (erscheinen) nur als eine singuläre durch die dringende Umstände gegenüber dem Rechte der griechischen Fiscus veranlasste Massregel, die noch nicht als Norm zu gelten vermag (ibid. стр. 26). Вотъ почему исторія русскаго наслѣдованія не можетъ начинаться съ договора Олега, какъ не можетъ она начинаться и съ фантастическихъ извѣстій арабскихъ писателей (*Бѣляевъ*, стр. 8; *Неволинъ*, стр. 333 — 334). Послѣ этого, едва-ли можно вполнѣ согласиться съ тою оцѣнкою, которая сдѣлана для договоровъ г. Дювернуа. «Для исторіи образованія права договоры князей съ греками имѣютъ то значеніе, что въ нихъ въ первый разъ твердо и на письмѣ установлены были нормы, по которымъ долженъ твориться судъ. Такое явленіе могло служить прецедентомъ для другихъ подобныхъ же явленій внутри слагающагося государства. Формулированіе права всегда слабо, когда господствуетъ обычай, но потребность въ немъ можетъ очень рано почувствоваться. Сношеніе съ народомъ высшей цивилизаціи оказало свое первое благотворное дѣйствіе. Надо имѣть въ виду, что въ договорахъ именно для руководства суда установляются опредѣленныя положенія и цифры. Это первый и очень важный проблескъ особой отъ суда дѣятельности власти, направленной къ точнѣйшему опредѣленію права, прежде чѣмъ оно нарушено» (Источники права, стр. 31). Въ Византіи — и въ ней территорія примѣненія договоровъ, — судъ и власть, направленная на точнѣйшее опредѣленіе права, прежде чѣмъ оно нарушено, давно уже были разграничены; въ Россіи же едва-ли можно считать договоры въ числѣ причинъ, которыя впослѣдствіи повели къ такому разграниченію. Какъ прецедентъ для письменной формулировки права внутри Россіи, договоры тоже едва-ли могли имѣть какое-нибудь значеніе; для этого они стояли слишкомъ въ сторонѣ отъ общаго хода русскаго юридическаго развитія; и какъ соглашеніе, съ одной стороны на-

ряговъ, съ другой — грековъ, были одновременно продуктомъ византійскихъ и скандинавскихъ воззрѣній. Если такъ, то содержаніемъ этихъ памятниковъ мы не можемъ воспользоваться даже и для рѣшенія вопроса о томъ, составляетъ ли завѣщательное наслѣдованіе исконный институтъ русскаго наслѣдованія, или же нѣтъ. Даже въ томъ случаѣ, если-бы вмѣстѣ съ Витте (стр. 25) видѣть въ договорахъ постановленія, опредѣляющія testamenti factio activa и passiva варяговъ, и, слѣдовательно, видѣть постановленія, предполагающія существованіе завѣщательнаго наслѣдованія, и тогда заключенія къ русскому быту и современному праву внутри Россіи невозможны. Вмѣсто того, чтобы видѣть въ договорахъ освященіе завѣщательнаго наслѣдованія, т. е субъективнаго произвола, почему бы не видѣть въ уряженіи, о которомъ тамъ говорится, лишь простое указаніе на тѣ лица, которымъ имущество должно быть доставлено въ Россію, должно перейдти къ нимъ, какъ къ родственникамъ умирающаго, и больше ничего. Указаніе это было обыкновенно въ письменной формѣ, было написаніемъ, но могло быть и въ словесной формѣ; иначе, оставаясь послѣдовательнымъ, мы должны будемъ сказать, что въ договорахъ освящена необходимость письменной формы завѣщанія, что ужъ поставитъ въ полное несоотвѣтствіе русскій законъ договоровъ и съ Русскою Правдой и съ другими какими угодно законодательствами. Уряженіе это едва-ли можно приравнивать къ тестаменту, какъ выраженію предсмертной воли, которая одна и только одна, помимо и въ противность всякихъ семейныхъ связей, опредѣляетъ собою судьбу имущественныхъ отношеній умирающаго послѣ его смерти, преемство его имущественной личности. Вотъ тогда мы скорѣе въ правѣ будемъ сказать, что постановленія о наслѣдованіи, если-бы такія дѣйствительно содержались въ договорахъ, стоятъ въ соотвѣтствіи съ постановленіями Русской Правды о томъ-же предметѣ.

Такимъ образомъ нашъ разборъ какъ постановленій договоровъ, такъ и высказанныхъ по поводу ихъ мнѣній привелъ насъ къ отрицательному результату. Для насъ, по крайней мѣрѣ, ясно, что исторія догмъ русскаго права наслѣдованія не можетъ быть начата съ этихъ памятниковъ, и не можетъ, прежде всего, потому, что она не можетъ же начинаться гдѣ-то за предѣлами русской земли. Памятники эти не суть документы русскаго права, и потому содержаніе нѣкоторыхъ изъ имѣющихся въ нихъ постановленій о наслѣдованіи можетъ быть лишь поводомъ, а никакъ не матеріаломъ для того, чтобы пускаться въ какія-нибудь догадки и предположенія о русскомъ наслѣдованіи до Русской Правды. Устраняя ихъ изъ исторіи русскаго наслѣдованія и ужъ во всякомъ случаѣ воздерживаясь отъ какихъ бы то ни было на основаніи ихъ выводовъ и догадокъ, мы тѣмъ самымъ сразу подвигаемся почти на триста лѣтъ впередъ и становимся лицомъ къ лицу съ русской жизнью и съ первымъ юридическимъ памятникомъ этой жизни — съ Русскою Правдой.

§ 6. «Для объясненія Русской Правды мало содѣйствуютъ сравненія, хотя впрочемъ любопытныя, съ многочисленными статьями скандинавскихъ, датскихъ, готландскихъ, саксонскихъ и другихъ сего рода уложеній!» (баронъ *Розенкампфъ*, Обозрѣніе Кормчей Книги, изд. 2, стр. 149). Значеніе и положеніе Русской Правды въ исторіи русскаго права, дѣйствительно, опредѣляется вовсе не тѣмъ, что она, напримѣръ, доказываетъ связь русскаго права съ общею славянскою почвою и съ славянскими правами; не тѣмъ, далѣе, что она освятила и провела въ русскую жизнь воззрѣнія византійскія, скандинавскія или другія какія бы то ни было. Невольно и по поводу Русской Правды, по крайней мѣрѣ на-сколько въ ней есть постановленія о наслѣдованіи, вспоминается то по-истинѣ курьёзное явленіе, которое повторялось уже не разъ и по другимъ

вопросамъ. За національность Русской Правды и постановленій о наслѣдованіи стоятъ, напр., Губе и Витте, а за иноземное происхожденіе, наприм., Карамзинъ, Погодинъ, Рождественскій; не прочь иногда высказать такое-же мнѣніе и другіе, напр. г. Никольскій. Что на Русскую Правду, какъ на памятникъ русской юридической жизни, могли имѣть вліяніе и по всей вѣроятности имѣли тѣ элементы, которые дѣйствовали въ русской жизни въ ту пору, когда вырабатывались юридическія нормы, заключенныя въ Русской Правдѣ, вырабатывались притомъ то въ видѣ пошлины, то въ видѣ судебныхъ приговоровъ и врядъ ли часто въ видѣ актовъ законодательной власти, — все это, конечно, такъ; противъ этого спорить и нельзя и, главное, не нужно. Но при всемъ томъ Русская Правда остается и не можетъ не оставаться памятникомъ русской, а не другой какой-либо юридической жизни. Ея постановленія имѣли силу и примѣненіе не потому, что надъ такимъ примѣненіемъ стоялъ авторитетъ какой-либо принуждающей власти, а потому, что имъ *вѣрили*, а на вѣрѣ держится авторитетъ и обязательность объективныхъ нормъ положительнаго права въ ту эпоху, когда послѣднее дѣйствуетъ въ формѣ обычая, записаннаго, или не записаннаго, это все равно (*Дювернуа*, стр. 27 — 28; *Розенкампфъ* l. c. стр. 150). «Мы не хотѣли бы, говоритъ Дювернуа (Источн. права, стр. 53) ограничить этимъ временемъ (т. е. XIII столѣтіемъ) значеніе Правды, какъ руководства для судей. Напротивъ, сборники, такъ многосторонніе и такъ оконченные со стороны формальной, сохраняютъ свою цѣну далеко за предѣлами ихъ возникновенія». Что на самомъ дѣлѣ такъ и было, мы это сразу можемъ видѣть, сравнивая съ Русскою Правдой послѣдующіе памятники русской юридической жизни. Мы не имѣемъ, къ сожалѣнію, полнаго памятника Новгородской пошлины, но судя даже по тому, что до насъ дошло, мы въ-правѣ предположить, что зависимость и связь между

Русскою Правдой и Новгородскою грамотой была слишкомъ велика, особенно если принять во вниманіе организацію суда въ Новгородѣ. Но уже Псковская судная грамота носитъ на себѣ яркій характеръ памятника, продолжающаго собою дальнѣйшее развитіе того процесса, который начатъ въ Русской Правдѣ. Псковъ — городъ съ развитою торговлею, съ болѣе усложнившимися отношеніями, и вотъ почему псковская пошлина полнѣе и точнѣе въ своихъ опредѣленіяхъ. Далѣе, къ этому времени, при свободѣ и подвижности вѣчевой жизни въ Псковѣ, тамъ успѣли выработаться такія юридическія формы права, такія экономическія отношенія, которыя не были извѣстны тому безхитростному и простому быту, какой предполагаетъ собою и опредѣляетъ Русская Правда. И съ этой стороны Псковская судная грамота представляетъ прогрессъ. Но затѣмъ, обѣ правды, и Русская и Псковская, — одинаково памятники русскаго юридическаго быта въ удѣльномъ вѣчевомъ періодѣ его развитія. Наконецъ, связь и, такъ - сказать, отношеніе преемства между Русскою Правдой и Псковскою Судною Грамотой съ одной стороны и обоими Судебниками съ другой — фактъ до-того общеизвѣстный, что объ немъ нечего уже и упоминать.

Далѣе, если мы станемъ разсматривать другую категорію юридическихъ памятниковъ изъ времени, слѣдовавшаго непосредственно за Русскою Правдой, то опять и здѣсь увидимъ, что догмы гражданскаго права вообще и права наслѣдованія въ-особенности, выраженныя, формулированныя, фиксированныя въ Русской Правдѣ, не были чѣмъ - то чужимъ, приноснымъ, не были велѣніями какой-нибудь власти; нѣтъ, это были живыя начала, прямо выхваченныя изъ жизни, закрѣпленныя въ письменной формѣ, и за-тѣмъ жившія, то развиваясь дальше, то видоизмѣняясь и восполняясь. Такимъ образомъ, начавши съ Русской Правды и кончая нынѣ дѣйствующимъ гражданскимъ правомъ, всегда можно доказать постепенное пре-

смство извѣстныхъ юридическихъ догмъ, которыя наслѣдственно переходили изъ одного періода русской жизни въ другой, видоизмѣнялись, восполнялись, и такимъ образомъ сохранены до настоящаго времени. Вотъ почему Русская Правда, въ отличіе, напр., отъ договоровъ русскихъ съ греками, имѣетъ не только интересъ филологическій, культурно-историческій, археологическій, — нѣтъ, ея интересъ (по нашему мнѣнію, это главный интересъ), по крайней мѣрѣ для юриста, историко-догматическій. Въ ней мы можемъ наблюдать догмы гражданскаго права, или только-что родившіяся, только-что формулированныя, или же пока находящіяся еще въ эмбріоническомъ состояніи; можемъ наблюдать и разгадать тѣ поводы, которые не замедлятъ раньше или позже вызвать на свѣтъ ту или другую догму, или видоизмѣнить уже догму существующую. Словомъ, наблюдая Русскую Правду, мы тѣмъ самымъ становимся у колыбели русскаго положительнаго права. Въ-особенности это можно сказать о тѣхъ догмахъ, которыя выражены въ Русской Правдѣ относительно наслѣдованія. Врядъ ли хотя одинъ изъ институтовъ гражданскаго права такъ крѣпко держится за тѣ основы политической, соціальной и экономической жизни, которыя заложены въ первую эпоху жизни народа. Этотъ институтъ отличается наибольшею устойчивостью, наибольшею неподатливостью всякимъ рѣзкимъ и внезапнымъ перемѣнамъ со стороны законодательной власти. На исторіи русскаго гражданскаго права можно повѣрить такой характеръ не хуже, если не лучше, чѣмъ и на исторіи всякаго другаго — римскаго, германскаго, французскаго. Вотъ почему, — таково по крайней мѣрѣ наше мнѣніе, — тому, кто хочетъ отдать себѣ отчетъ во всѣхъ данныхъ системы нынѣ дѣйствующаго русскаго наслѣдственнаго права, необходимо прослѣдить рожденіе и судьбу каждой догмы, относящейся къ наслѣдованію, а въ такомъ раѣ, въ своихъ поискахъ, онъ непремѣнно дойдетъ до Русской Правды. Но за-то она же — предѣлъ, далѣе котораго не

могутъ и потому не должны идти эти поиски. Здѣсь-же онъ долженъ положить и предѣлъ своей фантазіи и своей страсти къ гипотезамъ и догадкамъ. Догматическая исторія права — чуть ли не самая скептическая изъ всѣхъ видовъ исторіи. Да иначе и быть не можетъ, иначе между прошлымъ и настоящимъ догмъ нынѣ дѣйствующаго права окажется разрывъ, исторія окажется разгуломъ фантазіи, догматика жалкою экзегезой.

Понятно теперь, почему мы считаемъ себя въ-правѣ и съ своей стороны повторить неоднократно уже сдѣланное прежде обращеніе къ исторіи древняго наслѣдованія и вообще къ Русской Правдѣ, не смотря на то, что ни одинъ изъ нашихъ юридическихъ памятниковъ не имѣетъ для себя такой сравнительно богатой литературы, какъ Русская Правда. Послѣ всей ея обработки, послѣ подробныхъ и тщательныхъ описаній ея списковъ, ея различныхъ редакцій, мы все-таки думаемъ, что не лишне, и еще не разъ, взглянуть на постановленія Русской Правды не съ филологической или культурно-исторической точки зрѣнія, не съ задними мыслями — эксплуатировать ее въ пользу какой-нибудь любимой идеи, въ родѣ теоріи родоваго или общиннаго быта, но взглянуть чисто съ точки зрѣнія историко-догматической, т. е. опредѣлить тѣ догмы русскаго гражданскаго права, которыя закрѣплены въ Русской Правдѣ; для насъ — это догмы наслѣдственнаго права. Предполагая впослѣдствіи заняться возможно-полнымъ обслѣдованіемъ историческаго развитія системы нынѣ дѣйствующаго наслѣдственнаго права, мы, естественно, прежде всего должны были задаться вопросомъ о томъ, каковы же тѣ основныя догмы, изъ которыхъ, какъ изъ своихъ исходныхъ пунктовъ, отправилось это развитіе? Надѣемся послѣ этого, что если не по результатамъ, то по крайней мѣрѣ по намѣренію, съ которымъ предпринята настоящая работа, и по концепціи ея задачи, насъ никто не упрекнетъ въ антикварныхъ вкусахъ, въ гоньбѣ за

какими-то историческими призраками вмѣсто современной дѣйствительности. Въ томъ-то и дѣло, что это не призраки, а скорѣе та-же самая дѣйствительность, съ которой мы лишь попытаемся снять нѣсколько верхнихъ напластованій. Если намъ такая попытка хоть приблизительно удастся, предъ нами, быть можетъ, вскроется не только фундаментъ, но и тѣ первичныя, въ общихъ признакахъ проектированныя очертанія, въ которыя окончательно уложатся формы цѣлаго зданія.

§ 7. «Время, когда слагалась Русская Правда и главнымъ образомъ та ея часть, которая обращена къ гражданскому праву, должно быть ограничиваемо началомъ XIII вѣка. Элементы гражданскихъ институтовъ, которые видны въ этомъ сборникѣ, носятъ на себѣ такой ясный отпечатокъ простоты и первоначальности, что они именно служатъ выраженіемъ только-что зарождающагося гражданскаго оборота» (*Дювернуа*, стр. 52—53). Каковъ, въ самомъ дѣлѣ, долженъ быть тотъ экономическій бытъ, который мы должны предположить какъ современный тому времени, когда вырабатывались постановленія Русской Правды? Его существенныя черты могутъ быть выражены въ двухъ словахъ. Это бытъ земледѣльческій въ періодѣ натуральнаго хозяйства и при обиліи земли (*Никольскій*, стр. 119). Отсюда: 1) земля, взятая отдѣльно, какъ пáхоть, какъ угодье, не поглотила еще никакого капитала, ея много и потому нѣтъ на-лицо ни одного изъ элементовъ ренты. Если такъ, то очевидно, что земля сама по себѣ не имѣетъ пока никакой цѣнности и получаетъ ее лишь въ видѣ приспособленнаго участка, застроеннаго для жилья, словомъ — въ видѣ двора. За-тѣмъ 2) движимость имѣетъ цѣнность, но ее составляютъ лишь предметы, прежде всего необходимые для земледѣльца, главнымъ образомъ домашній скотъ («животы» — впослѣдствіи времени терминъ для обозначенія всякой движимости, а слово «товаръ» и теперь употребляется въ Малороссіи для обозначенія домашнихъ живот-

-ныхъ — рогатаго скота); животы, товаръ, конечно, имѣютъ цѣнность; воспитаніе и содержаніе скота все-таки чего-нибудь да стоитъ. Къ движимости, естественно, должны быть отнесены и тѣ разные предметы, назначеніе которыхъ удовлетворять первымъ нуждамъ домашняго быта: разная рухлядь, порты, домашняя птица и, наконецъ, мѣновые знаки — деньги. 3) Земли довольно, вся она сравнительно однообразнаго достоинства, и потому кочеванье — общее явленіе. Ни кому не сидится на мѣстѣ, всѣ кочуютъ, начиная отъ князя и кончая послѣднимъ смердомъ. Еще Прокопій упрекаетъ русскихъ въ страсти къ кочеванью. Бродяжничество, шатанье съ мѣста на мѣсто долго составляютъ экономическій характеръ и позднѣйшей русской исторіи. «Обширность и малоцѣнность земли, при ея малонаселенности, и вытекающая отсюда цѣнность личнаго труда не сдѣлали осѣдлыми слугъ и земства... Съ своей стороны, та-же малоцѣнность земли заставляетъ служилое населеніе предпочитать кормленіе поземельной собственности и служить, переѣзжая отъ князя къ князю, что влечетъ за собою кочеваніе и въ этомъ состояніи. Въ суммѣ, общее кочеваніе во всѣхъ слояхъ общества до конца XVI столѣтія!?» (*Ю. Г. Жуковскій*, Сборникъ «Весна», Общественныя отношенія Россіи, стр. 272. Сравн. также въ высшей степени поучительныя соображенія того-же автора тамъ-же, стр. 255, 257, 262—264). «Другое дѣло, если-бы этой земли было мало — и всякій долженъ былъ бы дорожить клочкомъ, который былъ у него въ рукахъ, если-бы земля имѣла, словомъ, прямую экономическую цѣну» (Ibid. стр. 264). Вотъ такой-то бытъ предполагаетъ и опредѣляетъ въ своихъ постановленіяхъ Русская Правда.

Спрашивается теперь, каковъ этотъ бытъ, разсматриваемый со стороны политической? Намъ нѣтъ надобности характеризовать его во всѣхъ отношеніяхъ, но не можемъ не указать на одну его черту, которая составила и до сихъ поръ составля-

етъ открытый вопросъ въ исторіи русскаго права. Вопросъ въ томъ, на-сколько въ то время населеніе уже успѣло разбиться и сложиться въ какія-нибудь опредѣленныя группы, въ сословія, состоянія? Насъ этотъ вопросъ интересуетъ непосредственно потому, что въ связи съ нимъ находится другой, на-сколько постановленія Русской Правды проникнуты характеромъ сословныхъ различій? Намъ выставляютъ такое положеніе: «въ періодѣ Русской Правды видимъ, что званія сложились окончательно и стоятъ теперь другъ подлѣ друга съ различными правами. Для этихъ-то различныхъ званій Правда и предписываетъ различные порядки наслѣдованія, смотря по ихъ личнымъ и имущественнымъ правамъ и отношеніямъ къ правительству, къ князю». На это, конечно, можно отвѣтить, что если уже въ то время положеніе человѣка опредѣлялось отношеніями къ правительству, то почему бы ему не опредѣляться отношеніемъ къ другому, болѣе сильному органу общественной власти, къ вѣчу? Между тѣмъ, мы видимъ, что отношенія къ вѣчу одинаковы были для всѣхъ свободныхъ людей и потому не обусловливали собою никакихъ между ними различій въ правоспособности, за исключеніемъ развѣ семейнаго положенія (*Сергіевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 43; «Отцы, слѣдовательно, рѣшаютъ за дѣтей, которые тѣмъ самымъ устраняются отъ личнаго участія въ народныхъ собраніяхъ... не можетъ подлежать сомнѣнію, что это ограниченіе простирается и на совершенно взрослыхъ сыновей, — оно дѣйствуетъ, пока живъ отецъ, не смотря на возрастъ дѣтей»). На категорическое мнѣніе г. Никольскаго не менѣе категорически отвѣчаетъ г. Сергіевичъ: «Древняя Россія не знала сословій. Это — явленіе царской эпохи нашей исторіи; только первые зародыши его относятся къ концу княжескаго періода. Въ княжескую же эпоху все населеніе представляетъ единообразную массу, разные слои которой отличались одинъ отъ другаго достоинствомъ, а не правами» (ibid. стр.

31 и слѣд. и за-тѣмъ сравн. стр. 41 и слѣд.). Но постановленія Русской Правды о наслѣдованіи дали поводъ предположить уже въ то время существованіе двухъ рѣзко разграниченныхъ между собою сословій, которыя будто-бы обнимали собою всю массу тогдашняго населенія, стояли относительно другъ друга особнякомъ: одинъ классъ, какъ выраженіе прогрессивнаго начала личности, другой — какъ выраженіе консервативнаго элемента — общинности (*Дювернуа*, стр. 126—128; *А. Аксаковъ*, Полн. Собр. сочиненій, т. 1. стр. 404; *Бѣляевъ* — въ приведенномъ выше сочиненіи, passim). Короче, въ Руской Правдѣ мы встрѣчаемъ по-видимому двѣ противуположности: смердовъ и — бояръ и дружинниковъ. Одно изъ двухъ: или слово смердъ, употребленное въ Русской Правдѣ, имѣетъ техническое значеніе, или оно verbum generale, обозначающее вообще меньшаго человѣка (*Сергіевичъ*, стр. 34). Мы думаемъ, что оно употреблено въ первомъ значеніи, и наше мнѣніе основано вотъ на какихъ соображеніяхъ. Допустивши первый смыслъ, очевидно, пришлось бы обобщить слово смердъ до совпаденія съ словами людинъ, мужъ и даже закупень, такъ-какъ и положеніе послѣдняго, хотя связанное, все-таки было не холопское. Между тѣмъ, оказывается, что въ другихъ своихъ постановленіяхъ Русская Правда знаетъ множество и другихъ классификацій лицъ, изъ коихъ нѣкоторыя положительно устроены по началу сословности (см. *Калачовъ*, Предварительныя изслѣдованія, стр. 78). Если же смердъ выраженіе спеціальное, то, спрашивается, куда же отнести тогда людина, купца, огнищанина и проч.? Купецъ, наприм., не есть лицо княжеской дружины, но по одному этому относить его къ сословію смердовъ не приходится, — вѣдь самый родъ купеческаго занятія таковъ, что ставитъ купца внѣ тѣхъ общинныхъ связей, которыя можно предположить въ эпоху Русской Правды послѣдней редакціи и которыя, обнимая человѣка, тѣмъ самымъ замыкали его

въ общину и отдѣляли отъ бояръ и дружины. Далѣе, тотъ-же самый родъ купеческаго занятія такого свойства, что, не меньше службы въ боярской дружинѣ, раждаетъ потребность и необходимость въ личной собственности. Если же такъ, если мы согласимся, что въ эпоху Русской Правды вся масса свободнаго населенія не замыкалась въ контрастѣ двухъ сословій—смердовъ и бояръ, что между этими двумя категоріями стояло еще нѣсколько другихъ посредствующихъ и переходныхъ категорій, тогда одно изъ двухъ: или наслѣдованіе послѣ лицъ этихъ переходныхъ категорій оставалось безъ всякаго опредѣленія, или же, допустивши, что наслѣдованіе послѣ бояръ и смердовъ опредѣлялось спеціальными нормами, мы должны будемъ допустить, что къ наслѣдованію послѣ лицъ упомянутыхъ переходныхъ категорій относятся, между прочимъ, статьи LXI и LXII съ последующими (по нумераціи въ «Предварительныхъ изслѣдованіяхъ» *Калачова*) со всѣми правилами объ опекѣ, о наслѣдованіи послѣ матери, о правахъ вдовы, о раздѣлѣ, преимуществѣ меньшаго сына, о помипкѣ души и т. д. Что слово смердъ, употребленное въ Русской Правдѣ, обозначаетъ здѣсь какой-то спеціальный классъ людей, а не всю массу свободнаго небоярскаго населенія, это видно и изъ личнаго состава вѣча. Но мы можемъ подтвердить это и другими статьями Русской Правды, въ которыхъ говорится уже не о наслѣдованіи. Такъ, ст. LXXXII имѣетъ такую редакцію, что въ ней сопоставляются рабъ, холопъ и смердъ, и притомъ не только сопоставляются, но и уравниваются относительно платежа пени за ихъ убійство: за тѣхъ и другихъ одинаково 5 гривенъ; передъ этимъ же, въ предыдущихъ статьяхъ опредѣленъ совсѣмъ иной размѣръ платы за убійство другихъ лицъ. Если-бы смердъ означалъ вообще всякаго общинника, тогда мы получили бы вотъ какой выводъ: съ холопомъ уравненъ свободный человѣкъ, имѣвшій право голоса на вѣчѣ, быть можетъ вотировавшій за призваніе кня-

зя, за сдачу города и проч. Убійство его наказывается даже ниже княжескаго повара! Очевидно, что званіе смерда дѣйствительно не высокое, презрѣнное и по тому самому должно быть признано исключительнымъ, обнимающимъ, сравнительно, незначительный кругъ лицъ. Далѣе, по ст. XLI воровство коня княжескаго и смердьяго наказывается различно. Такое различіе существуетъ только для коней; для воровства кобылъ, какъ и другихъ животныхъ, оно не признано. Воровство, напр., голубей или утокъ оплачивается одинаково, у кого бы оно ни было совершено. По ст. CIII борть князя опять сопоставляется съ бортью смерда и оцѣнивается дороже = 3 : 2 гривнамъ. Еще любопытнѣе ст. XCV, по которой смерда нельзя мучить безъ княжескаго слова. Изъ всѣхъ этихъ статей, естественно, получается такое заключеніе: 1) положеніе смерда — положеніе зависимости, подобное положенію холопа; оно презрѣнное, низкое; законъ имѣетъ въ виду отношеніе смерда къ князю не какъ отношеніе подданнаго къ верховной власти, а какъ лица, подчиненнаго къ своему хозяину, охраняя его личность отъ посягательства другихъ такихъ-же подчиненныхъ лицъ, занимающихъ только высшую ступень въ организаціи личнаго княжескаго хозяйства, напр. тіуна, ротайнаго, сельскаго старосты. Безъ разрѣшенія своего хозяина — князя, они не имѣютъ права мучить смерда; они сами такіе-же смерды, а быть можетъ и холопы, и въ этомъ отношеніи варіантъ ст. XCV не долженъ быть упускаемъ изъ виду, хотя, съ другой стороны, статья эта можетъ имѣть и тотъ смыслъ, что личность смерда вообще охранена отъ посягательствъ лицъ постороннихъ. 2) Имущества смерда и князя представляютъ какую-то слитость, или, по-крайней-мѣрѣ, на нѣкоторыя вещи князя ложится такой характеръ, какъ будто онѣ находятся въ обладаніи смерда. Въ самомъ дѣлѣ, какъ понимать, напр., приведенную выше статью о воровствѣ коня? Мы склонны понимать ее двояко, но вы-

водъ будетъ одинаковъ. Можно понимать или такъ, что здѣсь отличается княжескій конь отъ коня смерда, значитъ, конь того и другаго были въ одномъ хозяйствѣ, одномъ стадѣ, и только пятно отличало княжескаго коня; безъ пятна не было возможности отличить, гдѣ конь князя, гдѣ смерда, тогда и въ пенѣ они ничѣмъ не отличались. Или можно думать и такъ, что подъ княжескимъ конемъ нужно разумѣть коня боеваго, назначеннаго для службы князя, для его ѣзды; смердій же конь, хотя тоже принадлежалъ князю, хотя тоже держался для княжескаго хозяйства, но держался для такой цѣли, которая внѣ личныхъ удовольствій и потребностей князя. Какъ бы то ни было, но указаніе на признакъ, отличающій смердьяго коня отъ княжескаго и тѣмъ дающій основаніе къ разницѣ въ пенѣ, ясно даетъ понять, что эти кони могли быть смѣшаны, потому что часто находились вмѣстѣ, въ одномъ табунѣ, на одномъ пастьбищѣ, въ одномъ стойлѣ, — короче, что они одинаково находились въ предѣлахъ княжескаго двора, дома, хозяйства. А если такъ, то отсюда во всякомъ случаѣ тотъ выводъ, что смердъ, по словоупотребленію Русской Правды, означаетъ такое лицо, которое близко стояло къ князю по своему хозяйственному, экономическому положенію, что это лицо участвовало въ княжескомъ хозяйствѣ, какъ необходимый его факторъ, — какой именно? Какъ рабочая сила, законтрактованная на томъ или другомъ положеніи. Такой выводъ подтверждается далѣе и сопоставленіемъ княжеской борти съ бортью смерда. Если та и другая борть сопоставляются и различаются, то опять очевидно потому, что, вслѣдствіе нахожденія ихъ въ одномъ мѣстѣ, онѣ легко могли быть смѣшаны; значитъ, въ составѣ княжескаго хозяйства находились борти смерда, принадлежавшія послѣднему на томъ или другомъ правѣ, предоставленныя ему, быть можетъ, за охрану и уходъ за княжескими бортями. И вотъ опять само собою неотвязчиво напрашивается заключеніе,

что смердъ — лицо, близко стоявшее, прикосновенное къ князю по своей экономической обстановкѣ.

Каковъ характеръ этой близости, прикосновенности смерда къ князю? Въ отвѣтъ на это мы находимъ указаніе въ статьяхъ о платѣ за смерда и о запрещеніи не мучить его безъ позволенія князя. Это отношеніе зависимости, личной подчиненности, отношеніе наймита къ своему хозяину, подходившее къ положенію холопа; оно давало право бить, истязать смерда, право, которое, какъ извѣстно, любезно и теперь, а тѣмъ больше считалось необходимою составною частью въ содержаніи отношеній хозяина къ наймиту въ то время. Отношеніе смерда если и отличалось чѣмъ-нибудь отъ положенія холопа, то развѣ съ внутренней стороны тѣмъ, что онъ все-таки былъ человѣкъ свободный, а не вещь, а съ наружной стороны (и это въ настоящемъ случаѣ особенно важно для характеристики смерда) отличалось тѣмъ, что роль и значеніе смерда — были строго спеціальны въ княжескомъ хозяйствѣ, — обработываніе земли и вообще служба въ сельскомъ хозяйствѣ. Эта роль и значеніе даны были тѣмъ, что смерды по всей вѣроятности были мелкіе арендаторы, изорники, какъ ихъ называетъ Псковская судная грамота, или, скорѣе, рабочіе, получавшіе отъ князя за свою службу въ пользованіе поземельный участокъ, жилье и въ большей или меньшей степени инвентарное имущество. При такомъ положеніи смердъ, очевидно, имѣлъ и свое имущество, конечно, движимое, въ составъ котораго, кромѣ домашней рухляди, могли входить разная принадлежность дома, животныя, какъ рабочія, такъ и другія, словомъ, все то, что можетъ напомнить собою римское invecta et illata. Строгіе признаки, отдѣляющіе имущество княжеское, составлявшее инвентарь, отъ такого-же, однороднаго съ нимъ по своимъ предметамъ имущества смерда, не всегда существовали, или, по-крайней-мѣрѣ, не всегда были наглядны и очевидны. При чемъ нельзя

упускать изъ виду и того обстоятельства, что у смерда часто и даже постоянно накоплялось новое имущество уже послѣ того, какъ онъ поселялся на землѣ князя. Какъ бы то ни было, отдѣльное имущество смерда существовало, и если на-счетъ его могли возникнуть недоразумѣнія на-случай смерти смерда, то лишь потому, что не рѣдко трудно было разобрать, гдѣ имущество князя, хозяйственный инвентарь, и гдѣ имущество смерда. Отсюда, послѣ смерти смерда, претензіи не столько самаго князя, сколько отъ имени его, претензіи различныхъ лицъ, завѣдывавшихъ княжескимъ хозяйствомъ, на всю движимость, какая только оказывалась въ томъ дворѣ, который былъ занятъ прежде умершимъ смердомъ. Подобныя претензіи такъ возможны, случались такъ часто, судебное разбирательство ихъ повторялось неоднократно, пока наконецъ не выработалась догма, содержаніе которой въ томъ, что имущество возможно и у смерда, что, оставаясь послѣ смерти его, оно составляетъ его задницу; на такой случай судьба его должна опредѣлиться по общему закону, т. е. оно достается дѣтямъ, и только при отсутствіи дѣтей. опять-таки въ силу того-же общаго закона, становится выморочнымъ и достается князю, какъ имущество, остающееся и послѣ всякаго другаго лица. Объ этомъ мы будемъ имѣть случай поговорить еще ниже, а теперь не можемъ не замѣтить вотъ чего: мы держались того простаго соображенія, что значеніе слова смердъ, употребленнаго въ Русской Правдѣ, нужно опредѣлить не филологически, производя его отъ слова *смердѣть*, и не по сравненію съ смердонами или чѣмъ-нибудь въ этомъ родѣ, а изъ словоупотребленія самой-же Русской Правды. Сравненіе для этой цѣли нѣсколькихъ статей, въ которыхъ употреблено это слово, ясно показываетъ, что здѣсь оно употреблено въ техническомъ, спеціальномъ смыслѣ, и такимъ образомъ, оставаясь на почвѣ чисто гражданскаго права, мы не имѣемъ надобности пускаться въ догадки на-счетъ политическаго состоянія смер-

довъ, на-счетъ характера ихъ землевладѣнія, на-счетъ отношеній этого землевладѣнія къ dominium eminens князя, какъ представителя территоріальной власти государства. Потому всѣ мнѣнія, которыя высказаны по поводу смердовъ и которыя будутъ указаны ниже, на-сколько они не исходятъ изъ того предположенія, что въ Русской Правдѣ слово смердъ имѣетъ спеціальное значеніе, что этого значенія нельзя смѣшивать съ тѣмъ значеніемъ, которое оно одновременно имѣло въ разговорномъ языкѣ и въ какомъ употребленіе его сохранилось въ лѣтописяхъ и другихъ памятникахъ тогдашняго времени, — что всѣ такія мнѣнія не могутъ привести ни къ какому опредѣленному результату — упрекъ, который въ одинаковой степени можно сдѣлать и г. Никольскому и Неволину, г. Кавелину и Витте, г. Бѣляеву и Дювернуа. Не будь ст. LIX, конечно, не могъ бы и возникнуть вопросъ о томъ, кто такіе смерды, или, по-крайней-мѣрѣ, не могъ бы быть рѣшенъ такъ, какъ онъ рѣшался обыкновенно въ нашей литературѣ, т. е., что это — вся масса свободнаго населенія, въ отличіе отъ бояръ и дружины, и для этой массы установленъ особый, своеобразный порядокъ наслѣдованія, въ отличіе отъ наслѣдованія бояръ. Но дѣло въ томъ, что, какъ мы дали уже замѣтить и скажемъ еще нѣсколько ниже, ст. LIX получилась вовсе не за тѣмъ, чтобы создать какое-то особенное наслѣдованіе послѣ смердовъ, а за тѣмъ, чтобы и къ этому наслѣдованію примѣнить общую, господствовавшую въ то время пошлину. Отсюда конкретность въ редакціи этой статьи, и съ перваго взгляда можетъ показаться, будто она заключаетъ въ себѣ спеціальную норму. Кромѣ сказанной сей-часъ причины, конкретность въ редакціи LIX статьи не должна насъ смущать еще и потому, что она совершенно въ духѣ древняго времени, когда сила сообщенія не достигла еще той степени, чтобы возвыситься до абстрактной формулировки юридической догмы. Та или другая

догма впервые сознана въ отдѣльномъ случаѣ, и будучи сознана, она такъ и заносится въ законодательный сборникъ во всей обстановкѣ конкретнаго случая. Кто не знаетъ ироническаго разсказа римскаго юриста о томъ, какъ истецъ проигралъ дѣло потому только, что не держался строгой терминологіи 12 таблицъ! Словомъ, мы не уклонимся отъ истины, сказавши, что наша статья собственно не больше, какъ судебное рѣшеніе, такъ-какъ мнѣніе г. Калачова и другихъ, что Русская Правда между прочимъ составлена и изъ судебныхъ рѣшеній, г. Ланге только не принято, но не опровергнуто, и въ послѣднее время нашло для себя поддержку въ даровитой и вполнѣ научной аргументаціи г. Дювернуа. Впрочемъ, мы можемъ сдѣлать и другое предположеніе, которымъ останутся довольны и сторонники кодификаціоннаго происхожденія Русской Правды. Въ самомъ дѣлѣ, чѣмъ-же невѣроятно и такое объясненіе: при частомъ повтореніи упомянутыхъ выше притязаній, при назойливости тіуновъ, рядовичей, ротайныхъ и другихъ, хлопотавшихъ объ интересахъ князя, т. е., какъ водится, о своихъ, законодательная власть, если-бы Русская Правда дѣйствительно была ея актомъ, нашлась наконецъ вынужденною энергически объявить, что наслѣдство смерда ничѣмъ не отличается отъ всякаго другаго, что по вопросу о томъ, кому оно должно достаться, кто изъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, долженъ быть допущенъ прежде другихъ, съ какими правами и обязанностями, когда имущество смерда становится вымороченымъ и должно идти за князя, — во всѣхъ этихъ отношеніяхъ долженъ быть примѣняемъ общій законъ, какъ пошлина, какъ обычай, дѣйствовавшій относительно наслѣдованія послѣ лицъ другихъ сословій. Какъ-бы то ни было, но мы повторяемъ еще разъ, что о ст. LIX нельзя говорить, будто въ ней опредѣленъ какой-то спеціальный порядокъ наслѣдованія, а можно сказать развѣ то, что она формулирована съ цѣлью подчинить наслѣдованіе смердовъ об-

щему наслѣдственному закону. Только при такомъ пониманіи становится понятнымъ, съ какой стати эта статья переносилась изъ одного списка въ другой, не смотря на то, что послѣ Русской Правды слово смердъ не употребляется больше въ техническомъ смыслѣ, да скоро выходитъ и изъ бытоваго языка другихъ памятниковъ. Для насъ, по-крайней-мѣрѣ, смердъ и наслѣдованіе послѣ него невольно напоминаетъ псковскаго изорника съ его наслѣдованіемъ. Отсюда легко предположить, что и на земляхъ другихъ богатыхъ людей въ эпоху Русской Правды тоже были смерды, ничѣмъ не отличавшіеся отъ смердовъ княжескихъ.

На словѣ смердъ и съ нимъ отчасти на статьѣ LIX мы останавливались такъ долго потому 1) что она, больше чѣмъ слѣдующая за ней, противится объединенію съ другими статьями Русской Правды, тоже относящимися къ наслѣдованію, и доказать такое объединеніе, между прочимъ, одна изъ цѣлей настоящей работы; 2) потому, что отчасти тѣ-же соображенія и доводы, которые представлены выше по поводу слова смердъ, имѣютъ мѣсто и по отношенію къ другой категоріи лицъ, тоже, очевидно, стоявшихъ особнякомъ, для которыхъ слѣдующая LX статья, по-видимому, опять устанавливаетъ какой-то спеціальный порядокъ наслѣдованія. Мы говоримъ о боярахъ и боярской дружинѣ. Что бояре и дружина (одно ли и то-же нужно понимать подъ ними, опять вопросъ открытый) были классомъ людей, исключительнымъ по особенностямъ своего отношенія къ князю, въ этомъ согласны всѣ; всѣ подъ боярами, о которыхъ идетъ рѣчь въ Русской Правдѣ, прямо или подразумѣваемо, понимаютъ сословіе служилое (*Сергіевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 31—32). Разногласіе развѣ въ томъ, что одни придаютъ изъ-за этого отношенія еще и другую особенность — будто это единственные собственники, вотчинники въ эпоху Русской Правды (напр. Бѣляевъ, Кавелинъ, Аксаковъ, Дювернуа

и др.); другіе же не видятъ въ этомъ исключительной особенности бояръ и дружины, находя, и совершенно основательно, что институтъ личной собственности не былъ привилегіею бояръ и дружины (напр. Неволинъ). Какъ бы то ни было, но въ боярахъ и въ боярской дружинѣ, по-крайней-мѣрѣ о которыхъ говоритъ Русская Правда, мы должны видѣть не сословіе въ современномъ смыслѣ этого слова, т. е. не классъ людей, котораго общественное положеніе дано было помимо личной службы князю, дано было самымъ происхожденіемъ и исторической традиціей, не классъ людей, который бы, подобно римскимъ патриціямъ, смотрѣлъ на себя какъ на космогоническую необходимость (Гансъ), но именно классъ лицъ, непосредственно связанный службою къ князю, отношеніемъ личной службы. Принадлежность къ такому классу продолжалась лишь на-столько, на-сколько длилась самая служба, такъ-что замкнутости этого класса не могло возникнуть; между нимъ и остальною массою населенія происходилъ постоянный обмѣнъ (*Сергіевичъ*, ibid.). Это дружина въ буквальномъ смыслѣ этого слова, люди жившіе при князѣ, т. е. на его дворѣ, огнищѣ, отчасти на его содержаніи, то и дѣло получавшіе подарки отъ князя, кормленія, отправлявшіеся для сбора дани и т. п. Такъ что имущество ихъ или часто смѣшивалось съ княжескимъ, или же носило на себѣ слѣды княжеской милости, предоставлялось отъ князя иногда съ такимъ объемомъ правъ, который не всегда былъ ясенъ самъ по себѣ (впослѣдствіи, какъ извѣстно, такой объемъ опредѣлялся въ содержаніи жалованной грамоты), ясенъ на-столько, чтобы сгладить съ него окончательно характеръ княжескаго имущества, или же удержать такой характеръ несомнѣнно. Словомъ, какъ ни различно было во всемъ остальномъ отношеніе бояръ и смердовъ къ князю, но, съ одной стороны, положеніе тѣхъ и другихъ было сходно, — и смерды и дружина одинаково были непосредственно близки къ князю,

С.С.С.Р.

были съ нимъ связаны; такъ-что подобная связь иногда, и вѣроятно не рѣдко, подавала поводъ къ недоразумѣніямъ на счетъ того, какъ быть съ имуществомъ служилаго человѣка, умершаго на княжеской службѣ, быть можетъ, въ его дворѣ. Въ разрѣшеніе этихъ недоразумѣній и выработалась догма, которой общій порядокъ наслѣдованія примѣненъ и къ наслѣдованію и послѣ дружинниковъ; спеціальнаго наслѣдованія, какъ увидимъ еще ниже, и здѣсь никакого не установлено. Впрочемъ, конкретность ст. LX можетъ быть объяснена и другою причиною, — мы и здѣсь въ-правѣ предположить, что въ эту статью, какъ судебное рѣшеніе, по извѣстной уже намъ причинѣ, занесена обстановка конкретнаго случая.

§ 8. Все, сказанное нами до сихъ поръ о смердахъ и дружинникахъ, понимая подъ ними и бояръ, поможетъ намъ оріентироваться при разборѣ отдѣльныхъ постановленій Русской правды о наслѣдованіи, дастъ намъ возможность взглянуть на эти постановленія во взаимной ихъ связи, а тогда и смыслъ ихъ для насъ представится нѣсколько въ иномъ видѣ. Мы и переходимъ теперь къ такому разбору, слѣдуя за отдѣльными статьями въ томъ порядкѣ, въ какомъ онѣ расположены у г. Калачова, въ его «Предварительныхъ изслѣдованіяхъ».

Ст. LIX. *Аже умретъ смердъ безъ дѣтей, то задница его князю, ожели будутъ дочери у него дома, то даяти часть на ня, а ожели будутъ за мужемъ, то не даяти имъ ничтоже части.* Такова редакція этой статьи по троицкому списку, одному изъ наиболѣе полныхъ. Языкъ, конструкція, краткость и отрывочность редакціи — все это, конечно, дастъ поводъ различно толковать ея смыслъ. «Здѣсь мы ясно видимъ, говоритъ г. Бѣляевъ, что право наслѣдованія у общинниковъ, смердовъ, ограничивалось только сыновьями, дочери же изъ отцовскаго наслѣдства получали только приданое» (Наслѣдство безъ завѣщанія, стр. 26. То-же самое повторяютъ и другіе.

 стр. 71

Никольскій, стр. 357, 361, 368, 376; *Поповъ*, Объ опекѣ и наслѣдованіи по Русской Правдѣ. Сборн. историч. и статист. свѣдѣній о Россіи. 1845 г. стр. 108—109; *Дювернуа*, стр. 126, 328; *Неволинъ*. Т. II, стр. 340; *Аксаковъ*, Полн. собр. сочиненій, т. I; *Witte*, Ein Blick, стр. 35). И такъ, послѣ смерти смерда его имущество, какъ задница, статокъ, наслѣдство, становится выморочнымъ и достается князю, какъ-только нѣтъ сыновей, все равно будутъ дочери или нѣтъ. Но всмотрѣвшись внимательнѣе въ редакцію нашей статьи, нельзя не видѣть, что, при такомъ толкованіи слова «сыновья», «мущины» не прочитано въ статьѣ, а вычитано изъ-подъ строкъ, какъ нѣчто нужное; въ статьѣ такого слова нѣтъ, дѣти же — verbum generale. Потому то, что говоритъ г. Никольскій по отношенію къ принимаемому имъ общему порядку наслѣдованія, въ отличіе отъ двухъ особенныхъ, которыхъ мы не признаемъ, одинаково относится ко всѣмъ случаямъ наслѣдованія (*Никольскій*, стр. 348—349; Ср. *Бѣляевъ*, стр. 29). Въ самомъ дѣлѣ, держась буквально выраженнаго смысла нашей статьи, мы ровно не имѣемъ никакого права подставлять то, чего въ ней нѣтъ по ея буквальной редакціи. Статья говоритъ: задница князю, когда нѣтъ дѣтей, если между дѣтьми незамужнія дочери — дать на нихъ часть; замужемъ онѣ, не давать ничего, т. е. недавать тѣмъ, которыя стали замужемъ при жизни отца. Но кто долженъ дать часть незамужнимъ дочерямъ и кто имѣетъ право не давать ничего дочерямъ замужнимъ, этого статья прямо не выразила. Иначе, понимая такъ, будто положеніе дочерей по отношенію къ наслѣдству ихъ отца опредѣлено въ нашей статьѣ лишь на тотъ случай, когда наслѣдство достается князю, какъ выморочное, мы получимъ тотъ выводъ, что положеніе незамужнихъ дочерей совершенно не обезпечено, когда выморочность не наступаетъ, когда у нихъ есть братья; и на-оборотъ, послѣдніе совершенно не обезпечены противъ пре-

тензій замужнихъ сестеръ. Съ такимъ выводомъ, надѣемся, никто бы не согласился изъ тѣхъ, кто не держится точно буквальнаго смысла, т. е. никто изъ приведенныхъ нами ученыхъ. Гораздо проще будетъ, если мы скажемъ, что наслѣдство становится выморочнымъ, достается князю, какъ-скоро нѣтъ дѣтей вообще, т. е. и сыновей и дочерей. Значитъ, a contrario, оно не становится выморочнымъ, если послѣ умершаго остались дѣти, т. е. одни ли сыновья, сыновья и дочери, или же только однѣ дочери, и различіе между послѣдними, при братьяхъ, если и существовало, смотря по тому, замужнія онѣ или нѣтъ, то, какъ увидимъ ниже, было основано на одномъ изъ началъ древняго наслѣдованія, именно на фактѣ совмѣстнаго сожительства. Во всякомъ случаѣ, какъ бы ни опредѣлялось въ частности положеніе замужнихъ дочерей, но несомнѣнно то, что нахожденіе дѣтей, жившихъ въ одномъ домѣ, хозяйствѣ съ умершимъ, мѣшало наслѣдству стать выморочнымъ и достаться князю; помѣха такая нисколько не зависитъ отъ разницы въ полѣ дѣтей.

Спрашивается, однако же, въ-правѣ ли мы сдѣлать такой выводъ въ виду второй половины LIX ст.? Совершенно въ-правѣ, потому что эта вторая половина по отношенію къ первой половинѣ играетъ такую-же роль, какую играетъ ст. LXII по отношенію къ ст. LXI. Мы хотимъ сказать, что ст. LIX лишь опредѣляетъ взаимное отношеніе дочерей и сыновей по вопросу объ участіи тѣхъ и другихъ въ оставшемся послѣ отца наслѣдствѣ, и рѣшаетъ этотъ вопросъ прежде всего полнымъ устраненіемъ замужныхъ дочерей, коль-скоро есть сыновья, возлагая на послѣднихъ извѣстную обязанность въ пользу незамужнихъ сестеръ. Объ отношеніи же князя къ дочерямъ не можетъ быть и рѣчи, если выморочность наступаетъ тогда, когда нѣтъ дѣтей вообще. Въ самомъ дѣлѣ, ничего не будетъ невѣроятнаго допустить, что ст. LIX въ томъ видѣ,

въ какомъ она дошла до насъ въ извѣстныхъ намъ спискахъ, представляется геминаціею, слитою изъ двухъ статей, при чемъ онѣ обѣ, или, по-крайней-мѣрѣ, одна изъ нихъ потерпѣла, отъ такого слiянiя, въ полнотѣ и большей точности своего выраженiя. Намъ кажется, что наша догадка все-таки никакъ не хуже замѣны одного слова другимъ, вычитыванья не того, что стоитъ, а что нужно. Если такъ, то ст. LIX можетъ быть развернута въ цѣлую серiю догмъ и далеко не такъ однородна по своему содержанiю, какъ это можетъ показаться съ перваго взгляда. Эти догмы слѣдующiя: 1) Наслѣдники — дѣти вообще, но съ предпочтенiемъ мужчинъ предъ женщинами въ порядкѣ допущенiя къ наслѣдству. 2) Изъ женщинъ за незамужними сестрами при братьяхъ признано право на часть. Вотъ пока двѣ догмы, которыя будутъ повторены и въ другихъ статьяхъ, какъ догмы общаго наслѣдованiя, примѣненнаго и къ имуществу, остающемуся послѣ смерти смердовъ. Но сверхъ того, ст. LIX выражаетъ собою еще двѣ такiя догмы, которыя ex professo только и высказаны въ ней, высказаны какъ догмы общаго наслѣдованiя. Такъ 3) она формально устраняетъ замужнихъ дочерей отъ всякаго участiя въ имуществѣ ихъ отца, тогда какъ ст. LXII объ нихъ не упоминаетъ ни слова. Разница же между замужними и незамужними дочерьми, конечно, если не вполнѣ, то все-таки главнымъ образомъ въ томъ, что однѣ выбыли, отдѣлились изъ своего прежняго дома, родного семейства, другiя же пока остаются въ домѣ своего отца (*Witte*, стр. 35; *Никольскiй*, стр. 373; *Рождественскiй*, Историческое изложенiе русскаго законодательства о наслѣдствѣ, стр. 34). 4) Ст. LIX въ-особенности важна тѣмъ, что она формально опредѣляетъ, при какихъ условiяхъ и обстоятельствахъ наступаетъ выморочность имущества. Но этою послѣднею догмою не исчерпывается все содержанiе нашей статьи. А между тѣмъ догма выморочности, общая всякому наслѣдованiю,

послѣ кого бы оно ни открылось, формально только и выражена въ LIX статьѣ. Послѣ этого мы видимъ, что однѣ изъ тѣхъ догмъ, въ которыя развернута наша статья, таковы, что будутъ ясно повторены и въ другихъ статьяхъ, прямо, или подразумѣваемо, другія же таковы, что формально только и высказаны въ нашей статьѣ. При такомъ понимапіи, статья эта не является какою-то исключительною, опредѣляющею спеціальное наслѣдованіе, особенность котораго дана будто-бы политическимъ состояніемъ смерда; — нѣтъ, она содержитъ въ себѣ такія догмы, которыя имѣютъ характеръ общности, примѣнимости во всѣхъ случаяхъ, когда умершій оставилъ послѣ себя имущество и семью, дѣтей, къ какому-бы званію и состоянію онъ ни принадлежалъ. Значитъ, для насъ теряется спеціальный характеръ этой статьи, который обыкновенно поставляется въ томъ, будто-бы положеніе дочерей умершаго смерда совсѣмъ иное, чѣмъ положеніе дочерей другаго лица. И въ самомъ дѣлѣ, какъ мы уже замѣтили, самое названіе смерда скоро исчезло; но высказанная догма наслѣдованія дочерей, повторенная прямо и въ ст. LX, стала общерусскою юридическою догмой. Московскій князь говоритъ, что и тотъ обычай извѣстенъ во многихъ государствахъ, не токмо въ великихъ государѣхъ, но и въ меньшихъ государѣхъ и въ молодыхъ людяхъ. Потомъ наша догма выражена въ судебникахъ (*Дюверниуа*, стр. 318. «Во времена, послѣдующія за Русскою Правдой, мы не находимъ почти никакихъ указаній о наслѣдованіи князя послѣ смердовъ». *Никольскій*, стр. 361. Въ Судебникѣ права дочерей возведены на степень общаго правила. *Рождественскій*, стр. 38). Такая догма, коренившаяся, очевидно, въ русской жизни, была тѣмъ несомнѣннѣе въ своемъ примѣненіи, что она совпадала и съ гл. 27-ою Книги числъ, ст. 8; слѣдовательно, тѣмъ съ большею настойчивостью проводилась и поддерживалась духовною властью, которой были подсудны наслѣдствен-

ныя дѣла, и тѣмъ отчетливѣе сознавалась въ жизни, что составляла правило священнаго писанія. Общепринятое мнѣніе сопоставляетъ ст. LIX съ ст. LX, и на такомъ сопоставленіи, какъ мы знаемъ, строится тотъ выводъ, будто весь смыслъ и содержаніе ст. LIX только въ томъ и состоитъ, чтобы опредѣлить выморочность имущества, т. е. права князя. Отсюда уже выводится коренная разница между наслѣдованіемъ послѣ смердовъ и послѣ бояръ, разница, для объясненія которой г. Бѣляеву, вслѣдъ за Аксаковымъ, пришлось разбить всю массу тогдашняго населенія только на двѣ категоріи — общинниковъ и вотчинниковъ (*Бѣляевъ*, стр. 26, 27, стр. 34). Сопоставленіе ст. LIX съ ст. LX, конечно, необходимо, и не столько для разъясненія первой изъ нихъ, сколько для разъясненія второй. Но смыслъ и содержаніе обѣихъ статей получается совсѣмъ иной, если мы будемъ ихъ сравнивать и сопоставлять не прямо, такъ сказать, лицемъ къ лицу, но вводя постоянно ст. LXI и LXII, какъ одно цѣлое. Только такой пріемъ избавитъ насъ отъ необходимости признать по Русской Правдѣ, по-крайней-мѣрѣ, три порядка наслѣдованія — два спеціальныхъ для бояръ и смердовъ, и третій общій, въ которомъ выморочность, по словамъ г. Никольскаго, никогда не могла наступить, если только были хотя самые отдаленные боковые родственники (*Никольскій*, стр. 357. Свои категорическія утвержденія о наслѣдованіи боковыхъ г. Никольскій, разумѣется, строитъ на соображеніяхъ произвольныхъ, стр. 369). Такой общій порядокъ, если допускать рядомъ съ нимъ существованіе порядковъ спеціальныхъ, прежде всего долженъ быть выраженъ въ ст. LXI и LXII; онъ предназначенъ неизвѣстно для кого, если мы согласимся съ г. Бѣляевымъ, что въ то время въ Россіи всѣ люди были или смерды-общинники, или бояре и дружина, т. е. вотчинники. Но мы не разъ еще будемъ имѣть случай увидѣть, что ни одна изъ статей Русской Правды не можетъ быть

понята и опредѣлена въ своемъ содержаніи, если мы не будемъ прямо или подразумѣваемо приводить ее въ связь и соотношеніе со всѣми другими статьями, трактующими о томъже предметѣ, т. е. относящимися къ наслѣдованію. Правда, мы находимъ, что каждая изъ этихъ статей, взятая въ отдѣльности, не строго однородна по своему содержанію, не ограничивается только тѣмъ, чтобы выразить собою одну какую-нибудь догму; напротивъ, обыкновенно одна и та-же догма повторяется разомъ въ нѣсколькихъ статьяхъ. Такой точности и, такъ-сказать, экономіи въ выраженіи юридическихъ догмъ, не повторяющихся по-нѣскольку разъ и взятыхъ абстрактно за содержаніе отдѣльныхъ статей, мы не въ-правѣ ожидать и требовать отъ древняго памятника, который притомъ составлялся не однимъ актомъ законодательной власти, а лишь постепенно воспринималъ въ себя то, что тѣмъ или другимъ путемъ вырабатывалось въ жизни. Мы не въ-правѣ, наконецъ, требовать полнаго отвлеченія отъ конкретныхъ особенностей того отдѣльнаго случая, по поводу котораго не сознана, а лишь выражена та или другая догма. Тѣ-же самые пріемы, которые употреблены нами по отношенію къ ст. LIX, будутъ примѣнены и къ ст. LX, къ разбору которой мы и переходимъ.

Ст. LX. *Аже въ болярѣхъ или же въ болярстѣй дружинѣ, то за князя задница не идетъ, но аже не будетъ ни сыновъ, а и дчери возьмутъ.* Мы уже видѣли выше, что подъ боярами и боярскою дружиной, о которыхъ идетъ рѣчь въ нашей статьѣ, скорѣе всего можно понимать служилыхъ людей, да если-бы это было и не такъ, то сущность дѣла отъ этого нисколько не пострадаетъ (Ср. *Никольскій*, стр. 366 — 67; *Бѣляевъ*, стр. 29; *Кавелинъ*). Что касается до насъ, мы читаемъ нашу статью такъ: хоть бы умершій состоялъ и въ боярахъ, или въ боярской дружинѣ, все равно, задница за князя не идетъ, если только остались дѣти, и притомъ не будетъ сыновей, возьмутъ

и дочери. И тѣ и другія одинаково дѣти. При такомъ чтеніи, наслѣдованіе дочерей, при неимѣніи сыновей, представляется не привилегіею боярскаго сословія и дружины (*Куницынъ*, стр. 68—69; *Поповъ*, стр. 108—109; *Губе*, стр. 67, 68; *Никольскій*, стр. 376. Послѣдній въ такой привилегіи видитъ скандинавское вліяніе,—стр. 361, 368, 375; *Бѣляевъ*, стр. 29; *Сергіевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 44), а такимъ-же общимъ правиломъ, какъ и наслѣдованіе дочерей послѣ смерда. Словомъ, задница за князя не идетъ, какъ-скоро у боярина и дружинника остались сыновья или дочери, т. е. дѣти вообще, все равно, какъ и послѣ смерда; и напротивъ, задница идетъ за князя, если бояринъ умретъ безъ дѣтей. Въ такомъ случаѣ, очевидно, что обѣ статьи, и LIX и LX, прежде всего сходны въ томъ, что и та и другая опредѣляютъ условія,—первая, когда выморочность наступаетъ, вторая—когда та-же выморочность не наступаетъ, т. е. онѣ въ сущности опредѣляютъ одно и то-же,—когда не наступаетъ выморочность, только что первая опредѣляетъ условія ненаступленія отрицательно, вторая—положительно. Въ этомъ сходство обѣихъ статей доходитъ до полнаго тождества; но если такъ, то при тождествѣ съ одной стороны является сильная вѣроятность, что такое-же тождество существуетъ и въ остальномъ объемѣ обѣихъ статей. Потому, отъ содержанія ст. LIX мы въ-правѣ дѣлать заключенія къ содержанію ст. LX, и наоборотъ, что мы и позволили уже себѣ выше. Такой пріемъ и такія заключенія должны насъ привести къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) Заключая отъ ст. LX къ ст. LIX, мы уже высказали, что и послѣ смерда наслѣдники—дѣти вообще, только они допускаются не всѣ разомъ, но съ соблюденіемъ постепенности, основанной, во-первыхъ, на различіи пола и затѣмъ на различіи дѣтей выдѣленныхъ и невыдѣленныхъ. Но далѣе, заключая отъ ст. LIX къ ст. LX, мы, кромѣ указан-

наго уже выше, ихъ тождества въ содержаніи, находимъ 2) что и послѣ бояръ и дружинниковъ незамужнія дочери имѣютъ право на часть, которая въ ст. LXII описана какъ приданое; безъ такого же заключенія у насъ получился бы выводъ, что въ боярскомъ сословіи братья не обязаны выдавать своихъ сестеръ; *како си могутъ*, такъ-какъ въ ст. LX ничего не говорится о какой-нибудь части дочерей незамужнихъ, о которой идетъ рѣчь въ ст. LIX. Тѣмъ-же путемъ 3) мы найдемъ, что и послѣ боярина и дружинника замужнія дочери формально устраняются отъ всякаго участія въ наслѣдствѣ ихъ отца,— выводъ, который опять никакъ не слѣдуетъ самъ собою изъ одной лишь LX ст., непоставленной въ связь съ статьею предъидущею. Наконецъ, въ 4-хъ, мы находимъ, что и ст. LX формально опредѣляетъ ненаступленіе выморочности (*Сергіевичъ*, стр. 45), но такъ-какъ, въ-отличіе отъ статьи предъидущей, она опредѣляетъ такое ненаступленіе положительно, то поэтому и высказала ex professo догму наслѣдованія дочерей при неимѣніи сыновей, чего не высказала прямо ст. LIX, которая ограничилась лишь общимъ выраженіемъ «безъ дѣтей». При такомъ пониманіи, обѣ статьи, LIX и LX, сразу оказываются въ необходимой взаимно восполняющей связи, а не въ какомъ-то противорѣчіи, или, по-крайней-мѣрѣ, внѣ связи, какъ нормы, опредѣляющія совершенно различные порядки наслѣдованія (*Дювернуа*, стр. 318; *Кавелинъ*, т. I, стр. 329; *Witte*, стр. 41; *Бѣляевъ*, стр. 25—26). Мы видимъ, что статья LX explicite высказываетъ то, что въ ст. LIX не было развернуто въ отдѣльное выраженіе, именно, она высказываетъ допущеніе къ наслѣдованію и дочерей, когда нѣтъ сыновей. Но, съ другой стороны, ст. LIX между прочимъ explicite опредѣляетъ то, что въ статьѣ послѣдующей не будетъ выражено прямо, опредѣляетъ положеніе дочерей замужнихъ и незамужнихъ. Вѣдь и послѣ боярина, какъ и послѣ дружинни-

ка, сыновья его должны же были содержать свою сестру и затѣмъ выдать замужъ, снабдивши ее приданымъ. Если такъ, то, подобно ст. LIX, и ст. LX не заключаетъ въ себѣ никакихъ изъятій, по своему содержанію не находится въ противоположности съ статьею предыдущей; между ними тѣсная взаимно-восполняющая связь; одна безъ другой не можетъ быть понята. Но, съ другой стороны, такая-же точно связь существуетъ между ними и другими статьями, относящимися къ наслѣдованію, какъ это мы увидимъ еще не разъ въ дальнѣйшемъ изложеніи. Правда, обѣ статьи облечены въ особенности конкретнаго случая, и причина такой конкретности указана выше. Во всякомъ случаѣ, изъ-за одной такой оболочки, независимо отъ ихъ содержанія и отношенія къ другимъ статьямъ, совершенно нераціонально допустить, будто ст. LIX и LX даны лишь для случаевъ sui generis и — только для нихъ; напротивъ, мы скорѣе должны признать, что догмы выраженныя въ нихъ — догмы общія, а не какія-то спеціальныя. Конкретность редакціи нашихъ статей мы уже объясняли тѣмъ, что обѣ статьи были даны для устраненія извѣстныхъ недоразумѣній; но недоразумѣнія эти устранены не тѣмъ, что для наслѣдованія послѣ смердовъ и бояръ даны спеціальныя, исключительныя нормы, а тѣмъ, что и на такіе случаи наслѣдованія распространены тѣ общія догмы, которыя, то въ формѣ обычнаго, то въ формѣ писаннаго права, дѣйствовали въ тогдашней жизни. На подобную связь между наслѣдованіемъ послѣ смердовъ, съ одной стороны, и наслѣдованіемъ послѣ бояръ и дружинниковъ, съ другой, указываетъ и г. Никольскій (ibid. стр. 367, 368); только связь эта все-таки не мѣшаетъ г. Никольскому стоять за спеціальные, сословные порядки наслѣдованія въ Русской Правдѣ. Мы, конечно, не упускаемъ изъ виду, что обѣ разобранныя статьи не ограничились лишь однимъ тѣмъ содержаніемъ, которое какъ-разъ соотвѣтствовало бы вызвавшему ихъ поводу; нѣтъ, онѣ

захватили въ свое содержаніе и, такъ сказать, фиксировали еще другія догмы, которыя хотя и дѣйствовали въ видѣ обычнаго права, но не были выражены какъ писанный законъ, или, что здѣсь все равно, не были высказаны, какъ записанная пошлина. Удивительнаго и страннаго тутъ, конечно, ничего нѣтъ: древнее право — все равно что малый ребенокъ: спросите его объ одномъ, онъ, отвѣчая на вашъ вопросъ, вмѣстѣ съ тѣмъ проговорится и о томъ, чего никто у него не спрашивалъ. При томъ, далѣе, если ст. LIX и LX и по времени своего возникновенія слѣдовали одна за другою въ томъ-же порядкѣ, въ какомъ онѣ дошли до насъ въ письменномъ памятникѣ, то, очевидно, что сначала общему порядку наслѣдованія, какъ онъ опредѣлялся въ то время обычаемъ, было подчинено наслѣдованіе послѣ смердовъ, а потомъ и наслѣдованіе послѣ бояръ и дружинниковъ (*Поповъ*, Объ опекѣ и наслѣдованіи, въ Сборн. стр. 109). Словомъ, мы настаиваемъ на томъ, что ст. LIX и LX если и представляютъ какую-нибудь особенность, то развѣ только въ томъ, что онѣ впервые подвели подъ общія догмы наслѣдованіе послѣ лицъ, находившихся въ исключительныхъ отношеніяхъ къ князю, — въ этомъ если не главная, то одна изъ причинъ конкретности ихъ редакціи. А за-тѣмъ, по своему содержанію, онѣ даютъ такія догмы, которыя одинаково примѣнимы ко всякому наслѣдованію, послѣ кого бы оно ни открылось, лишь-бы только открылось, чего, какъ извѣстно, не бывало въ случаѣ, напр., выдачи на потокъ и разграбленіе. Это одно изъ самыхъ рѣзкихъ отступленій, которыя мы позволили себѣ сдѣлать отъ общепринятаго воззрѣнія на значеніе и взаимное отношеніе обѣихъ разобранныхъ статей. Мы вынуждены были поступить такъ не по капризу, не по страсти къ новаторству, а по другимъ причинамъ. Дѣло въ томъ, что общепринятое воззрѣніе не замѣчаетъ, кажется, всѣхъ тѣхъ противорѣчій, которыя неизбѣжно возникаютъ, если мы будемъ смотрѣть на

значеніе и взаимное отношеніе обѣихъ статей такъ, что онѣ являются безъ всякой связи, даже въ контрастѣ между собою и съ другими постановленіями Русской Правды, трактующими о наслѣдованіи. Такія противорѣчія даны въ томъ самомъ предположеніи, изъ котораго исходитъ общепринятое воззрѣніе, по-крайней-мѣрѣ, у наиболѣе послѣдовательныхъ его сторонниковъ. Такъ, оно исходитъ изъ того предположенія: 1) будто по Русской Правдѣ всѣ случаи наслѣдованія, смотря по сословнымъ различіямъ, распадаются на двѣ категоріи — наслѣдованіе послѣ бояръ и дружинниковъ съ одной стороны и наслѣдованіе послѣ смердовъ съ другой, или, какъ выражается г. Бѣляевъ (стр. 18; ср. *Аксаковъ*, Собр. соч. т. I), наслѣдованіе послѣ вотчинниковъ и общинниковъ; 2) что между этими двумя порядками наслѣдованія коренная разница и полнѣйшій обрывъ, такъ-что каждый изъ нихъ стоитъ особнякомъ; ergo, то, что можетъ и должно быть сказано объ одномъ порядкѣ, никоимъ образомъ не должно быть прилагаемо къ другому (*Witte*, стр. 35). Но тогда спрашивается, къ какому же наслѣдованію — къ наслѣдованію послѣ вотчинниковъ или послѣ общинниковъ, отнести ст. LXI и LXII, въ редакціи которыхъ нѣтъ уже и помину о какихъ-нибудь сословныхъ различіяхъ? Отнести ихъ одинаково къ тому и другому наслѣдованію не приходится, потому что при томъ пониманіи ст. LIX, какого держится общепринятое мнѣніе, этому рѣшительно помѣшаетъ ст. LXII. Общепринятое мнѣніе, хотя оно этого не высказываетъ и даже не желаетъ высказать, но тѣмъ не менѣе съ роковою необходимостью ведетъ къ тому заключенію, что для сыновей смерда, относительно ихъ незамужнихъ сестеръ, рѣшительно не существуетъ той обязанности, которая установлена въ ихъ пользу ст. LXII; на основаніи ст. LIX, специальной будто бы по своему содержанію, нѣчто подобное высказанной обязанности существуетъ только для князя, кото-

рый, по тому-же общепринятому мнѣнію, устраняетъ своимъ правомъ выморочности отъ наслѣдованія дочерей смерда. Отнести же ст. LXI и LXII лишь къ наслѣдованію послѣ бояръ и вообще дружинниковъ мѣшаетъ то соображеніе, что въ такомъ случаѣ коренной институтъ приданаго, обязанность поминовенія души, предсмертный рядъ имѣли бы примѣненіе только для незначительнаго по своей численности класса людей въ тогдашней массѣ русскаго населенія. За-тѣмъ, далѣе: къ какому наслѣдованію отнести правило Русской Правды объ опекѣ, о положеніи и правахъ вдовы, о преимуществѣ меньшаго сына при раздѣлѣ наслѣдниковъ дѣтскимъ? Всѣ эти и подобные вопросы, съ точки зрѣнія общепринятаго мнѣнія, или совсѣмъ не могутъ быть рѣшены, или, если и могутъ, то лишь съ значительными натяжками. Такіе вопросы и не возбуждаются, и понятно — почему: догматическій анализъ обыкновенно не занимаетъ нашихъ историковъ права; они предпочитаютъ лучше спорить по поводу теоріи родоваго или общиннаго быта, стараются во что бы то ни стало найдти начало догмъ Русской Правды въ какомъ-нибудь иноземномъ источникѣ и т. д. Намъ кажется, что упомянутыя сей-часъ противорѣчія слишкомъ серьезны для того, чтобы обходить ихъ въ угоду какимъ-нибудь постороннимъ, неюридическимъ цѣлямъ. Намъ кажется, далѣе, что, въ виду тѣхъ-же противорѣчій, гораздо лучше посмотрѣть на дѣло такъ, чтобы они разрѣшались сами собою и даже вовсе не возникали. Наша точка зрѣнія тѣмъ именно и отличается отъ общепринятой, что съ нея, — намъ, по-крайней-мѣрѣ, такъ кажется, — всѣ постановленія Русской Правды, прямо или косвенно относящіяся къ наслѣдованію, представляются не въ разрывѣ и противорѣчіи, а во взаимной связи, такъ-что и по Русской Правдѣ наслѣдованіе является замкнутымъ въ систему логически связанныхъ и дополняющихъ одна другую догмъ. По отношенію къ ст. LIX и LX мы во всякомъ случаѣ имѣемъ

вотъ какой выводъ: догма выморочности и условія, когда наступаетъ выморочность, опредѣлена въ ст. LIX; догма наслѣдованія дочерей, при неимѣніи сыновей, выражена въ ст. LX. Эти двѣ догмы, по нашему мнѣнію, догмы общаго наслѣдованія, одинаковаго для всѣхъ, только и высказаны въ упомянутыхъ статьяхъ; въ другихъ статьяхъ мы ихъ не найдемъ; зато найдемъ тамъ выраженными другія догмы. Ст. LIX и LX, кромѣ приведенныхъ двухъ догмъ, заключаютъ въ своей редакціи и кое-что другое; почему такъ, — мы объяснили выше. Но главная центральная статья, ядро всей системы наслѣдованія — это LXI, по отношенію къ которой ст. LXII является съ такимъ-же значеніемъ, съ какимъ вторая половина ст. LIX является по отношенію къ первой половинѣ той-же статьи. Мы и переходимъ къ ст. LXI.

§ 9. Ст. LXI. *Аже ли кто умирая раздѣлитъ домъ свой дѣтямъ на томъ же стояти; паки ли безъ ряду умретъ, то все дѣтямъ, а на самого часть дати по душѣ.* При этой статьѣ мы должны поставить на видъ и слѣдующую:

Ст. LXII. *Ожели будетъ сестра въ дому то тои задница не надобе нъ отдадятъ ю братья како си могутъ.* Намъ необходимо разомъ имѣть предъ глазами обѣ статьи, и для чего, сей-часъ будетъ видно само собой.

Съ перваго взгляда легко прійдти къ той мысли, что ст. LXI прежде всего и главнымъ образомъ имѣетъ лишь частное значеніе, что она опредѣляетъ судьбу только одной изъ возможныхъ составныхъ частей наслѣдства, т. е. судьбу дома. Но такого заключенія не допускаетъ редакція слѣдующей статьи, въ которой положеніе дочерей опредѣляется не только по отношенію къ дому, но и по отношенію ко всему вообще наслѣдству, задницѣ; а между тѣмъ ст. LXII явно относится къ ст. LXI, связана съ ней, какъ ея дополненіе. Но и независимо отъ этого, общее, а не частное лишь значеніе ст. LXI открываетъ-

ся само собою при болѣе внимательномъ ея разсмотрѣніи. Въ самомъ дѣлѣ, мы не должны смущаться словомъ «домъ»: стоитъ только отвѣтить на вопросъ, что обозначается этимъ словомъ. Понимать одно зданіе было бы нелѣпостью, такъ-какъ раздѣлъ зданія невозможенъ физически, а возможно лишь разрушеніе; подобнаго раздѣла законъ если прямо и не запрещаетъ, то во всякомъ случаѣ не предполагаетъ его, предоставляя дворъ съ домомъ одному изъ сыновей. Очевидно, что слово «домъ» имѣетъ здѣсь другое значеніе; но понимать подъ этимъ словомъ одну только движимость, какъ это дѣлаетъ г. Ланге, будетъ слишкомъ произвольно; тогда подъ задницей пришлось бы разумѣть одну недвижимость, т. е. пахоть и угодья, такъ-какъ дворъ въ Русской Правдѣ такъ и называется — дворомъ. Притомъ-же, въ другомъ мѣстѣ, въ ст. LXIX, говорится, что дворъ всяко меньшему сыну, и братья одинаково могли «растянуться о задницѣ», все равно, умеръ ли отецъ ихъ съ рядомъ, или безъ ряду. И понятное дѣло, дворъ могъ имѣть значеніе для меньшаго сына лишь тогда, если онъ доставался ему застроенный, а не въ видѣ голой площади, раззоренной сносомъ строеній. Понимать домъ въ смыслѣ движимаго имущества нельзя между прочимъ и вотъ по какому соображенію: при раздѣлѣ дома, въ немъ нѣтъ доли сестрѣ — нѣтъ участія въ этой задницѣ. Правильно, или нѣтъ мнѣніе Неволина, будто домъ въ LXI ст. означаетъ и землю, угодья, во всякомъ случаѣ, намъ кажется, единственный способъ выйдти изъ затрудненія — признать, что домъ и задница одно и то-же, т. е. наслѣдство. И во-первыхъ, въ той-же самой LXI ст. слово «домъ» чрезъ нѣсколько словъ замѣняется словомъ «все», т. е. все, какое только останется имущество, все наслѣдство—положимъ, что оно въ ту пору могло состоять только изъ наличности. Оба слова «домъ» и «задница» выражаютъ только различныя стороны одного и того-же понятія — имущества умершаго, имущества какъ цѣлаго, какъ

universitas. Это имущество, эта цѣлость, со стороны своей принадлежности покойному при его жизни, называется домомъ: оно называется, напр., такъ, когда говорится о раздѣлѣ, который предпринимается, или, по-крайней мѣрѣ, регулируется наслѣдодателемъ при своей жизни. Но то-же самое имущество, со стороны своей судьбы во время перехода отъ одного лица къ другому или къ другимъ, со стороны возможности достаться другимъ чрезъ посредство наслѣдованія, представляется какъ нѣчто оставленное, покинутое позади себя умершимъ, и потому называется задницей, остаткомъ, статкомъ (Hinterlassenschaft). Вотъ почему терминологія измѣняется, вмѣсто дома говорится о задницѣ, какъ-только рѣчь заходитъ о раздѣлѣ того-же самаго имущества, которое передъ этимъ названо домомъ (ст. LXII и ст. LXIII). Мы знаемъ, что такое воззрѣніе не принято даже новѣйшимъ изъ писателей по исторіи русскаго наслѣдованія, г. Дювернуа; онъ говоритъ: «Различіе вещей (домъ, движимость) не сглаживается, не сливается въ одномъ цѣломъ понятіи имущества (стр. 328. У него-же отвѣтъ на вопросъ: какъ выражаетъ древній языкъ понятіе наслѣдства, стр. 141—142; *Рождественскій*, стр. 38). Но мы все-таки держимся его — оно прямое послѣдствіе редакціи статей, говорящихъ о наслѣдствѣ въ два періода, между которыми предѣломъ стоитъ открытіе наслѣдованія. Не споримъ, что то понятіе, которое по нашему мнѣнію выражается словомъ задница, долго потомъ не встрѣчается въ исторіи русскаго права. Но вопросъ въ томъ, почему оно не встрѣчается: потому ли, что оно не возникало, или, и это мы склонны думать, просто потому, что его не поискали какъ слѣдуетъ. Вѣдь вотъ и то понятіе, которое выражается въ litis contestatio римскаго процесса, тоже долго не обрѣталось въ исторіи русскаго гражданскаго процесса, но теперь оказалось, что его не умѣли поискать какъ слѣдуетъ, а г. Дювернуа нашелъ. Намъ далѣе могутъ возразить, что рим-

ское воззрѣніе на наслѣдство, какъ на universitas, какъ на omne jus, quod defunctis habuit, искусственно и абстрактно настолько, что врядъ ли можетъ возникнуть въ только-что начинающемъ развиваться юридическомъ бытѣ. Мы на это можемъ сказать: 1) что не менѣе искусственно и абстрактно и понятіе litis contestatio, однако-же оно весьма рано появляется въ русскомъ правѣ: 2) что не очень высока была степень развитія юридическаго быта въ Римѣ, когда и тамъ обособились двѣ стороны наслѣдства, какъ pecunia (или familiares, — домъ) и haereditas. Быть можетъ, что у насъ такому обособленію упомянутыхъ сторонъ помогало вліяніе юридическихъ идей Византіи, проводившихся чрезъ духовенство. Здѣсь кстати не можемъ не замѣтить, что, толкуя о *матеріальномъ* вліяніи Византіи, о созданіи цѣлыхъ догмъ (или даже и цѣлыхъ институтовъ — такъ весь институтъ наслѣдованія въ томъ видѣ, какъ онъ опредѣленъ въ Русской Правдѣ, нѣкоторые выдавали за институтъ греческій, напр. Морошкинъ), наши ученые никогда не задавали вопроса о *формальномъ вліяніи* византійскихъ идей. Прослѣдить такое вліяніе было бы весьма любопытно; оно, навѣрное, было сильно и состояло въ томъ, что помогало развитію отвлеченныхъ юридическихъ концепцій по готовой формѣ концепцій византійскихъ. Не византійское вліяніе, конечно, обусловило тотъ видъ, какой получило землевладѣніе въ царскій періодъ московскаго государства, но кто не узнаетъ въ юридическихъ концепціяхъ, напр., помѣстной системы, тѣхъ концепцій и формъ, въ которыя были отлиты поземельныя отношенія въ византійской имперіи (см. у *Zachariae von Lingenthеil*, Die innere Geschichte des römisch-griechischen Privatrechts, B. 2). Если такъ, если домъ и задница одно и то-же, наслѣдство, то для насъ въ этомъ открывается новый узелъ, связующій всѣ статьи о наслѣдованіи въ одну стройную систему, поставляющій ихъ въ такое взаимное

отношеніе, при которомъ онѣ взаимно восполняютъ и объясняютъ одна другую.

Поведемъ теперь нашъ анализъ ст. LXI дальше, проникнемъ въ глубь ея содержанія, постараемся вскрыть тѣ догмы, которыя завернуты въ этомъ содержаніи. О выморочности въ нашей статьѣ на тотъ или другой случай нѣтъ и помину; да оно и понятно, если мы вспомнимъ, что условія ненаступленія этой выморочности и слѣдовательно, условія наступленія ея, уже опредѣлены въ двухъ предыдущихъ статьяхъ, и притомъ, какъ мы сказали выше, въ одной опредѣлены положительно, въ другой — отрицательно. За-то въ ст. LXI высказана та общая догма, которая уже была примѣнена къ наслѣдованію послѣ смердовъ, бояръ и вообще дружинниковъ; но тамъ она была высказана implicite, а здѣсь explicite. Догма вотъ какая: наслѣдники — дѣти *во всякомъ случаѣ и необходимо*, все равно, будетъ ли рядъ, или нѣтъ. Законъ предполагаетъ, и другаго предположенія не допускаетъ, что рядъ умершаго нисколько не уклонится отъ того порядка, какой слѣдуетъ самъ собою, какъ юридическая необходимость, не терпящая никакой сдѣлки съ субъективнымъ произволомъ. Законъ выражается такъ, что, независимо отъ того, будетъ рядъ или нѣтъ, наслѣдники въ томъ и другомъ случаѣ будутъ одни и тѣ-же; рядъ, разсматриваемый какъ выраженіе предсмертной воли, можетъ относиться только къ дѣтямъ. И такъ, ст. LXI выражаетъ собою юридическую необходимость, приложенную къ наслѣдованію; догма, выраженная въ ней, состоитъ прежде всего въ томъ, что наслѣдники — дѣти, кромѣ дѣтей—никто и ни подъ какимъ предлогомъ. Между тѣмъ издавна у нашихъ ученыхъ вошло въ обычай опредѣлять содержаніе разсматриваемой здѣсь статьи совсѣмъ иначе, чѣмъ это сдѣлали мы. По общепринятому мнѣнію, содержаніе ея будто-бы точно такое, какъ и содержаніе извѣстной статьи 12 таблицъ: uti legassit...ita jus esto. «Русская Правда, го-

воритъ г. Дювернуа, не только не боится вызывать волю умирающаго отца, она заранѣе освящаетъ ее, не стѣсняя ничѣмъ; и этимъ она существенно отличается отъ византійскихъ источниковъ. Она какъ будто прислушивается къ этой волѣ, въ свою очередь покорной религіознымъ побужденіямъ, и установляетъ такой рядъ дѣтямъ, который и прежде и послѣ непрерывно повторяютъ наши духовныя грамоты» (Источн. права, стр. 327—328; ср. ibid. стр. 107—108). Г. Дювернуа только рельефнѣе высказалъ то, что повторяли до него и другіе, по-крайней-мѣрѣ, большинство писателей, касавшихся этого вопроса. Итакъ, въ древнѣйшемъ памятникѣ русскаго права намъ указываютъ на такое полное освященіе безграничнаго субъективнаго произвола, какого даже не существуетъ, собственно, и теперь.—Если противъ чего, то именно противъ этого мнѣнія мы должны протестовать со всею энергіею, и постараемся, на сколько возможно, оправдать и подтвердить свой протестъ. Прежде чѣмъ сближать рядъ Русской Правды съ римскимъ testamentum, нужно сначала взять одну, далеко не лишнюю, предосторожность, нужно отдать себѣ сначала отчетъ въ томъ, что такое римскій тестаментъ. Это такое изъявленіе воли умирающаго, которое въ своемъ содержаніи рѣшительно внѣ всякой связи, внѣ всякаго соображенія съ тѣмъ принципомъ наслѣдованія, который выставляется въ законѣ, или вообще, въ объективномъ правѣ, какъ принципъ юридической необходимости, будетъ ли это принципъ родовой связи, или связи семейной, или другой какой-нибудь. Совпадетъ ли въ данномъ случаѣ содержаніе этой воли съ тѣмъ порядкомъ наслѣдованія, который наступилъ бы самъ собою въ силу принципа юридической необходимости, или не совпадетъ, это рѣшительно все равно; въ томъ и другомъ случаѣ содержаніе тестамента — полнѣйшее отрицаніе семейнаго или другаго начала, полнѣйшее устраненіе субъективнымъ произволомъ принципа юридической необходимости. Между обоими

принципами нѣтъ примиренія, между ними борьба, доходящая до полной исключительности и альтернативности. Вотъ почему не антикварный обломокъ, а глубокій смыслъ и образецъ высокой логики римскаго генія представляетъ догма: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Одно изъ двухъ: или субъективный произволъ, или юридическая необходимость — вотъ дилемма. Unius enim pecuniae, говоритъ Цицеронъ, plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset (De inventione, II, cap. 21). Jus nostrum non patitur, говоритъ Помпоній (l. 7. D. de regulis heris (50. 17) eundem in paganis et testato et intestato decessisse earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus, добавляетъ онъ, какъ-бы не допуская даже и возможности ихъ примиренія. Составить иначе завѣщаніе значитъ sine observatione legum facere testamentum (l. 19. § 2. D. de costr. pec. (49. 18) (*Трифонинъ*). (Срав. *Гансъ*, Bd. II, 5 Kapitel, S. 451 и сл.). О законѣ 12 таблицъ, освятившемъ безграничный субъективный произволъ, мы читаемъ (l. 120. D. de V. S. (50. 16): Verbis legis XII tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium. Новѣйшія изслѣдованія въ области римскаго наслѣдственнаго права, каковы труды Ферінга, Кеппена и другихъ, не говоря уже о богатыхъ своимъ содержаніемъ изысканіяхъ Игеринга, даютъ теперь возможность понять, въ чемъ заключалась причина тому, что римское право допустило и освятило сразу такой неограниченный субъективный произволъ, который, какъ видно, сталъ даже неудобенъ, такъ-что пришлось прибѣгнуть къ interpretatio и къ auctoritas legum и къ auctoritas jura constituentium, лишь-бы

только какъ-нибудь coangustare эту latissima potestas. Такой неограниченный субъективный произволъ возведенъ на степень юридическаго принципа не даромъ; на это была своя причина — своеобразное устройство римской семьи и за-тѣмъ классификація родственныхъ связей по системѣ агнатическаго родства. Новѣйшія изслѣдованія въ области римскаго наслѣдственнаго права несомнѣнно установили тотъ фактъ, что подъ видомъ testamentum римскій гражданинъ давалъ преимущество своимъ натуральнымъ родственникамъ предъ агнатами и предъ gentiles. Вспомнимъ далѣе, что римское право долго не знало successio ordinum et gradum, и вотъ testamentum съ substitutio въ ея разныхъ видахъ съ этой стороны является какъ средство одновременно и supplendi и corrigendi juris civilis gratia. Testamentum же несомнѣнно вызвалъ впервые и провелъ въ юридическое сознаніе тѣ начала, которыя потомъ были усвоены и освящены въ системѣ преторской bonorum possessio. Категоріи преторскаго эдикта: unde liberi, unde cognati proximi, unde vir et uxor — сложились подъ вліяніемъ того юридическаго воззрѣнія, которое возникло и развилось въ римскомъ обществѣ, имѣя для себя органомъ прежде всего testamentum. Изъ контраста jus civile и jus gentium въ области семьи и родства, изъ контраста когнатическихъ и агнатическихъ связей вышелъ на первыхъ порахъ по формѣ свободный, ни чѣмъ не ограниченный субъективный произволъ, testamentum. Но связь его съ семейнымъ и вообще началомъ натуральнаго родства несомнѣнна; она выражалась между прочимъ въ detestatio sacrorum, и за-тѣмъ далѣе, она-же выражалась въ томъ, что первоначально testamentum совершался въ куріатскихъ комиціяхъ, получалъ свою санкцію отъ общины, какъ и всякій другой законъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ это доказано новѣйшими изслѣдованіями (напр. Ферингъ), такое совершеніе сопровождалось усыновленіемъ того лица, которое назначалось наслѣдникомъ. Въ каждомъ данномъ случаѣ народ-

ное собраніе утверждало или отвергало предлагавшійся на его разсмотрѣніе и санкцію тестаментъ, и поступало такъ или иначе, смотря по тому, находило или нѣтъ достаточнымъ тотъ мотивъ, который въ этомъ случаѣ заставлялъ римскаго гражданина отступить въ наслѣдованіи послѣ себя отъ семейнаго или родоваго начала, какъ принципа юридической необходимости. Впослѣдствіи, когда неограниченность тестамента, допущенная впервые по формѣ, проникла потомъ въ самое его содержаніе, когда не стало тѣхъ гарантій противъ подобнаго произвола, которыя даны были въ самой формѣ совершенія тестамента, происходившаго подъ контролемъ и съ-вѣдома народнаго собранія, на-манеръ lex curiata, — тогда только тестаментъ сталъ дѣйствительно средствомъ попирать не только связи родства агнатическія, но связи семейныя и когнатическія. Но тутъ-то началась та coangustatio этой latissimae potestatis, о которой говоритъ приведенный выше текстъ римскаго юриста. Центумвиральный судъ выработалъ quaerela inofficiosi testamenti, сначала не обставленную никакими условіями и правилами, допускавшуюся скорѣе по совѣсти и по соображенію обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая; но потомъ эта quaerela inofficiosi testamenti получила правильный, опредѣленный видъ обыкновенной actio. Институтъ exhaeredatio или поименной или inter caeteros, смотря по различію personae exhaeredatae, которая наконецъ разрѣшилась въ pars legitima и ко времени Юстиніана сбросила съ себя всякій формальный характеръ, — exhaeredatio, словомъ, тоже явилась коррективомъ противъ неограниченнаго произвола тестамента, когда въ такомъ коррективѣ наступила надобность, т. е. когда неограниченность субъективнаго произвола изъ формы тестамента перешла въ самое содержаніе послѣдняго. Такимъ образомъ, если мы хотимъ вводить въ наши сравненія римскій тестаментъ, то должны предварительно отдать себѣ отчетъ на-счетъ того, какова природа этого акта; но для этого

мы должны ознакомиться съ нимъ не по отрывочной фразѣ изъ фрагмента 12 таблицъ: uti lingua nuncupassit ita jus esto; мы должны принять въ разсчетъ всю историческую обстановку, при которой возникло начало 12 таблицъ, и за-тѣмъ, постоянно должны имѣть въ виду главные фазисы въ историческомъ развитіи римскаго права наслѣдованія. Не забудемъ, наконецъ, что по самому характеру той борьбы, которая велась между плебеями и патриціями и вызвала на свѣтъ законъ 12 таблицъ, необходимымъ послѣдствіемъ ея должно было быть признаніе личности помимо тѣхъ квалификацій, которыя сначала существовали только для патриціевъ, а не для плебеевъ. Борьба эта прекрасно опредѣлена Гансомъ, который называетъ ее борьбою принципа индивидуальной личности съ принципомъ какой-то космогонической необходимости, въ которой сознавали себя патриціи. Спрашивается, было ли и у насъ до Русской Правды что-нибудь похожее на ту борьбу плебеевъ съ патриціями, которая выработала до небывалыхъ размѣровъ принципъ индивидуальной личности, велась долго и упорно и въ концѣ концовъ не разрѣшилась въ примиреніе, а только замерла въ императорскомъ періодѣ? Намъ скажутъ, что такимъ событіемъ было призваніе князей, что оно внесло принципъ личности въ древне-русскую жизнь. Но, во 1-хъ, ужъ если гдѣ искать начала личности, то ближе всего въ организаціи древняго вѣча (*Сергѣевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 51 и слѣд.), но и тамъ не отдѣльный человѣкъ выступалъ самъ по себѣ, а какъ отецъ семьи; участіе въ вѣчѣ обусловливалось семейнымъ положеніемъ. Во-вторыхъ, призваніе князей не затронуло тѣхъ формъ общественной жизни, которыя не приходятъ въ непосредственное прикосновеніе съ политическимъ строемъ; оно объединило, сплотило волости, общины, князья вступили съ ними въ извѣстныя отношенія по дѣламъ суда и управленія, для чего они собственно и были призваны. Но вліяніе князей не коснулось и

не могло коснуться такой замкнутой и первичной формы, какова семья. Дружина княжеская была и слишкомъ малочисленна, и слишкомъ измѣнчива въ своемъ составѣ для того, чтобы стать въ полный контрастъ съ остальною массой, хотя и стало общимъ мѣстомъ приписывать дружинѣ то вліяніе, будто она внесла начало личности въ русскую исторію (см. напр. *Кавелинъ*, Полн. собр. сочинен. т. 1, стр. 329; *Witte*, Ein Blick, стр. 41). Или, быть можетъ, было что-нибудь похожее на тотъ контрастъ, какой существовалъ у римлянъ между cognatio и agnatio? Ничего подобнаго не было; даже разница между законными и незаконными дѣтьми проведена впервые въ Уложеніи Алексѣя Михайловича. Русская же Правда даже такого различія не знаетъ; она различаетъ лишь дѣтей отъ свободной женщины и отъ рабы (ст. LXIV), и потому Рождественскій поторопился найдти различіе между законными и незаконными дѣтьми уже въ Русской Правдѣ (*Рождественскій*, стр. 12). Притомъ же разница между законными и незаконными дѣтьми совсѣмъ не то, что разница между sui и liberi emancipati. Съ какой же стати, откуда взяться въ Русской Правдѣ такому явленію, какъ римскій тестаментъ, да еще если при этомъ утверждаютъ, будто съ-разу же тестаментъ является въ русскомъ правѣ не только неограниченнымъ по своей формѣ, но и по своему содержанію? Правда, было одно вліяніе, которое могло вызвать нѣчто похожее на тестаментъ, но вліяніе такое если и оказалось, то слишкомъ своебразно и ограниченно: мы говоримъ о вліяніи церкви. Въ Русской Правдѣ есть одна догма, изъ которой впослѣдствіи выростетъ духовное завѣщаніе, хотя далеко не съ такою безграничностью въ содержаніи, какая отличала римскій тестаментъ.

Итакъ, мы думаемъ, что въ Русской Правдѣ не приходится искать чего-нибудь похожаго на римскій тестаментъ, и наше мнѣніе можетъ быть подтверждено не только духовными грамо-

тами послѣдующаго времени, но даже и мнѣніемъ тѣхъ, которые видятъ въ ст. LXI санкцію начала uti legassit и т. д. Но дѣло въ томъ, что между предоставленною отцу возможностію ряда и testamenti factio activa, quae non privati, sed publici juris est, рѣшительно ничего нѣтъ общаго. Тѣмъ, кто смѣшиваетъ эти двѣ совершенно различныя вещи, мы напомнимъ слова Ганса: Ueberhaupt muss der Begriff einer Erbtheilung, welcher fast allen orientalischen Völkern bekannt ist, nicht mit dem eines Testaments verwechselt werden. Die Erbtheilung überschreitet nicht den Kreis der Familie, sowie sie nicht das Leben des Theilenden überschreitet. Wenn eine Willkühr Statt findet, so fällt sie einzig und allein in das Quantitative der Portion hinein, die der Theilende bestimmt; das Testament ist aber der Familie gegenüber ein ihr Feindliches... (*Gans*, Das Erbrecht, Bd. 1, стр. 150; ср. Bd. III, стр. 62). Такимъ образомъ видѣть главное содержаніе ст. LXI въ томъ, будто она имѣетъ въ виду формально выставить и освятить принципъ субъективнаго произвола, по нашему мнѣнію, значитъ упустить изъ виду коренные признаки римскаго тестамента, а эти признаки и въ современной теоріи гражданскаго права лежатъ въ основѣ ученія о завѣщательномъ наслѣдованіи. Ст. LXI употребляетъ слово «рядъ». Что-же такое рядъ? «Рядъ, рядить— распоряженіе, распоряжать; въ этомъ-же смыслѣ рядъ значитъ договоръ (Бѣ бо Святополкъ съ Володимеромъ рядъ имѣлъ). У поляковъ «rada» — совѣтъ; слѣдовательно, рядить предполагаетъ дѣйствіе домовладыки съобща съ домочадцами» (*Шульгинъ*, стр. 30, примѣч. 60). «Завѣщаніе называется рядъ. Еще въ договорахъ съ греками русскіе говорили: «аще кто умретъ, не урядивъ своего имѣнія», и далѣе: «аще ли сотворитъ обряженіе» (*Шлецеръ*, II, гл. XV, стр. 739). И такъ, «рядъ» означаетъ распоряженіе, происходя отъ слова «рядить». Кромѣ того, слово рядъ значитъ договоръ. Такъ употребляется это слово

въ лѣтописяхъ... Это названіе указываетъ на вліяніе членовъ семьи на волю завѣщателя; вѣроятно, онъ дѣлилъ имущество, посовѣтовавшись съ членами семейства» (*Поповъ*, стр. 110, примѣч. 28). Такимъ образомъ «наслѣдники опредѣляются семейнымъ началомъ, признаннымъ за *необходимое въ наслѣдствѣ*. Воля завѣщателя не можетъ нарушить этого начала, ибо ей предоставлено только раздѣленіе имущества, а не назначеніе наслѣдника; его назначаетъ законодательство» (*Поповъ*, стр. 113, срав. ibid., стр. 111). «Эта неограниченная (?) воля отца, этотъ рядъ, который давалъ онъ на смертномъ одрѣ своимъ дѣтямъ, не есть завѣщаніе... записывались ли слова умирающаго, или нѣтъ; изъявленіе воли отца было ни болѣе, ни менѣе какъ нравственное дѣйствіе души, *благословеніе*, какъ говорили наши предки, освященіе тѣхъ правъ, которыя дѣти по рожденію своему имѣли. Поэтому и рядъ, который давалъ умирающій отецъ своимъ дѣтямъ, есть не иное что, какъ назначеніе участковъ, которыми должны были владѣть дѣти послѣ его смерти. Это даже не раздѣлъ, ибо дѣти и послѣ этого ряда могли остаться и обыкновенно оставались въ общемъ сожительствѣ. Чтобы убѣдиться въ сказанномъ, стоитъ только заглянуть въ любую изъ духовныхъ грамотъ древнѣйшаго времени, между которыми не найдется ни одной (!), гдѣ бы воля отца семейства расходилась съ обычнымъ порядкомъ наслѣдованія, или гдѣ бы воля эта проявлялась самостоятельно, независимо отъ кровныхъ побужденій, и опредѣляла бы себѣ наслѣдникомъ кого-либо чужаго, не изъ родныхъ» (*Никольскій*, стр. 342—343. Тутъ-же оцѣнено и воззрѣніе г. Морошкина на византійское происхожденіе нашихъ духовныхъ). Казалось бы послѣ этого, что для г. Никольскаго рѣшительно невозможно смѣшать «рядъ» Русской Правды съ римскимъ тестаментомъ. А между тѣмъ оказывается, что г. Никольскій не отдалъ себѣ отчета въ своихъ собственныхъ словахъ и въ понятіи завѣщанія: «Рус-

ская Правда.... вводитъ по отношенію къ отцу семейства римское правило: paterfamilias uti legassit, ita jus esto — аже ли кто умирая раздѣлитъ домъ свой и т. д.» (ibid., стр. 262). И это въ одномъ и томъ-же сочиненіи!

Если такъ, то статья LXI имѣетъ совсѣмъ не то содержаніе, какое, какъ мы сейчасъ видѣли, приписываетъ ей даже и г. Никольскій, расходящійся въ этомъ вопросѣ съ общепринятымъ мнѣніемъ. Она вовсе не заключаетъ въ себѣ постановленія въ томъ смыслѣ, будто субъективный произволъ можетъ нисколько не стѣсняться юридическою необходимостью, сознанною, правда, въ формѣ обычнаго права; нѣтъ, субъективному произволу если и дается просторъ, то сравнительно незначительный, — онъ можетъ лишь точнѣе опредѣлить взаимное отношеніе данныхъ того порядка наслѣдованія, который наступилъ бы и безъ ряда умирающаго, только наступилъ бы не такъ легко и удобно и не съ такою точностью во взаимномъ отношеніи количественныхъ данныхъ. Такая количественная точность участія каждаго изъ необходимыхъ наслѣдниковъ могла быть придана и обыкновенно придавалась рядомъ; но повліять на количественное распредѣленіе частей не значитъ еще отрѣшиться отъ того принципа, который, какъ принципъ юридической необходимости, даетъ основаніе для рѣшенія вопроса о томъ, кому именно должны достаться эти части. Далѣе, субъективный произволъ могъ выразиться и въ томъ, что по указанію умирающаго происходилъ физическій раздѣлъ, т. е. разверстаніе составныхъ частей наслѣдства между наслѣдниками въ удовлетвореніе той доли, которая приходилась каждому въ правѣ наслѣдовать, въ jus succendi, какъ pars, которая concursu plurium fit. Но, мало того, мы находимъ, что даже со стороны разверстанія отдѣльныхъ частей наслѣдства между наслѣдниками, субъективный произволъ встрѣчаетъ для себя ограниченіе, прямо выставленное въ Русской Правдѣ. Ст. LXIX рѣшительно постановляетъ, что дворъ «всяко» меньшему сыну,

все равно, былъ рядъ или нѣтъ. Нечего сказать, сильна эта воля, этотъ рядъ, который даже не можетъ опредѣлить судьбу одной изъ составныхъ частей наслѣдства иначе, какъ указано въ самомъ законѣ. Ст. LXIX именно прибавляетъ «всяко», т. е. во всякомъ случаѣ, будетъ ли рядъ или нѣтъ. Соображенія на-счетъ ряда можно повести еще дальше: вѣдь мы не можемъ даже сказать, каковъ характеръ и природа этого ряда: означаетъ ли онъ только изъявленіе воли отца, которое приводилось въ исполненіе уже послѣ его смерти, или же рядъ, быть можетъ, не ограничивался въ своемъ содержаніи однимъ изъявленіемъ воли, но эта воля тутъ-же, при жизни отца, и приводилась въ исполненіе. Изъ послѣдующей исторіи русскаго права мы знаемъ, что завѣщаніе и дареніе (обыкновенно въ пользу дѣтей, т. е. какъ выдѣлъ, назначеніе приданаго) постоянно смѣшивались между собою, мы знаемъ, что и въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ завѣщаніе приравнено къ другимъ способамъ сингулярнаго преемства, что оно поставлено заурядъ съ дареніемъ, выдѣломъ и приданымъ, а наслѣдованіе по закону стоитъ въ системѣ законодательства совершенно особнякомъ. Что же невѣроятнаго въ предположеніи, что рядъ, о которомъ идетъ у насъ рѣчь, если не всегда, то очень часто, бывалъ ни больше, ни меньше какъ только выдѣлъ, раздѣлъ отцомъ своихъ дѣтей, раздѣлъ, который разъ совершился, долженъ оставаться въ своей силѣ, безъ передѣла и послѣ смерти отца. Развѣ было бы нарушено право меньшаго сына на дворъ; тогда, по силѣ ст. LXIX, можетъ быть передѣлъ. При такомъ раздѣлѣ, какъ-бы ни понимать его, умирающій, конечно, не забывалъ жены своей; онъ что-нибудь возлагалъ и на нее. Притомъ же, все заставляетъ предполагать, что рядъ былъ не одностороннимъ актомъ воли отца, но осложнялся элементомъ договорнымъ, участіемъ, одобреніемъ тѣхъ членовъ семьи, для которыхъ онъ былъ раздѣломъ. Вотъ гдѣ его

крѣпость, его, такъ сказать, сакральный характеръ для тѣхъ, кто на него согласился разъ, т. е. для дѣтей; а не въ томъ, что рядъ — послѣдняя воля умирающаго, «къ которой законъ прислушивается, которую онъ вызываетъ». Все равно, не будетъ ряда, дѣло обойдется и безъ него. Законъ предвидитъ такой случай и даетъ правила, которыя мы не можемъ назвать гипотетическими; они скорѣе — очертаніе тѣхъ наружныхъ границъ, внутри которыхъ въ большей или меньшей степени можетъ совершаться движеніе субъективнаго произвола, но переходить за нихъ не можетъ. Эти правила выражаютъ, фиксируютъ совсѣмъ другой принципъ наслѣдованія, какъ юридическую необходимость, — принципъ семейной связи. Послѣдній принципъ остается въ цѣлости, нетронутъ субъективнымъ произволомъ; если онъ и потерпѣлъ нѣкоторый проломъ, то совсѣмъ съ другой стороны, — за-одно съ нимъ освящается вліяніе церкви. Въ ст. LXI мы находимъ постановленіе, что за-одно съ наслѣдованіемъ дѣтей участвуетъ и церковь, ей также слѣдуетъ часть по душѣ на поминокъ. На первый взглядъ и это постановленіе тоже, какъ будто, чисто гипотетическаго свойства; оно, по-видимому, дано на тотъ случай, если покойный умеръ безъ ряду; о томъ же, что такая часть слѣдуетъ церкви и тогда, если былъ рядъ, прямо ничего не сказано. Но мы склонны думать, что участіе церкви, какъ-бы мы ни формулировали его, однако имѣло мѣсто, былъ рядъ, или нѣтъ. Мы думаемъ такъ, во-первыхъ, потому, что не придаемъ особенной важности существованію ряда: полагаемъ, что не рядъ опредѣлялъ, кому участвовать въ наслѣдованіи, — дать подобное опредѣленіе онъ былъ безсиленъ; во-вторыхъ, мы думаемъ такъ потому, что религіозный интересъ, интересъ поминка, господствуетъ и въ духовныхъ грамотахъ (иногда называемыхъ просто памятями) позднѣйшаго времени; въ-третьихъ, что онъ и не могъ не быть таковымъ, принимая въ разсчетъ, что дѣла по

наслѣдованію подлежали церкви, что дѣлежъ дѣтскимъ не былъ исключительною необходимостью, что рѣшеніе споровъ совершалось по началамъ третейскаго суда, а кому же всего ближе было брать на себя роль третейскихъ судей, какъ не лицамъ духовнаго званія? (О святительскомъ судѣ, см. *Дювернуа*, стр. 36). Если такъ, то мы не рискуемъ погрѣшить, сказавши, что законъ даже не предполагаетъ возможности такого случая, гдѣ бы умирающій въ своемъ рядѣ обошелъ церковь, все равно, какъ онъ не предполагаетъ возможности и такого случая, гдѣ бы рядъ умирающаго относился къ кому-нибудь, постороннему для его семейства. Оставленіе части въ пользу церкви стало такою-же юридическою необходимостью, какъ и оставленіе своего имущества дѣтямъ, а не кому-нибудь другому. Конеч..о, возникновеніе первой необходимости въ сознаніи тогдашняго общества имѣло для себя совсѣмъ иное основаніе, чѣмъ возникновеніе второй необходимости. Участіе дѣтей необходимо потому, что они еще при жизни отца были въ извѣстномъ смыслѣ участниками въ томъ имуществѣ, которое остается теперь, т. е. послѣ смерти отца, когда они уже не связаны необходимо въ одно цѣлое, въ одну семью. Но оставленіе части по душѣ стало юридическою необходимостью, благодаря вліянію церкви; слѣдовательно, оно церковью же было вызвано и затѣмъ возведено на степень юридической необходимости. Впрочемъ, мы готовы допустить, что въ этомъ случаѣ для успѣшности своего вліянія церковь имѣла прецедентъ въ языческомъ періодѣ, насколько въ систему языческихъ вѣрованій нашихъ предковъ входили вѣрованія въ загробную жизнь.

§ 10. Такимъ образомъ, по вопросу о томъ, какова судьба имущества послѣ смерти его субъекта, рядомъ съ одною юридическою необходимостью появилась и другая. А это имѣло огромное значеніе. Въ самомъ дѣлѣ для субъективнаго произвола въ извѣстной степени открылась возможность уже выбора

между двумя необходимостями; прежде всего, количественное отношеніе участія церкви къ участію дѣтей зависѣло отъ воли умирающаго, — вѣдь мы допустили уже выше, что отъ нея-же зависѣло и опредѣленіе количественнаго отношенія долей, слѣдовавшихъ дѣтямъ. Но за-тѣмъ, естественное дѣло, церковь раньше или позже должна была придавать санкцію своего авторитета и такимъ распоряженіямъ умирающаго, въ которыхъ онъ стремился не просто къ тому, чтобы количественно опредѣлить ея участіе въ ущербъ дѣтямъ, но, по тѣмъ или другимъ поводамъ, уклонясь совсѣмъ отъ одной юридической необходимости, прибѣгалъ къ другой, — не ту или другую часть имущества, а все цѣликомъ предоставлялъ церкви. Наконецъ, авторитетъ церкви являлся дѣйствительнымъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда умирающій, не оставляя дѣтей, хотѣлъ устранить наступленіе выморочности, претензіи князя, предоставляя свое имущество церкви. Отсюда видно, что вліяніе церкви раньше или позже должно было нанести ударъ и догмѣ выморочности, претензіямъ князя, о которыхъ сказано выше.

Такимъ образомъ вліяніе церкви вызвало субъективный произволъ, поддержало и охранило его силу на первыхъ порахъ, воспитало его. Въ самомъ дѣлѣ, въ духовныхъ грамотахъ последующаго времени мы видимъ, что субъективный произволъ практикуется главнымъ образомъ на преслѣдованіи интересовъ религіозныхъ; если вмѣстѣ съ дѣтьми еще кому-нибудь назначается часть въ завѣщаніи, то обыкновенно—церкви. Такъ длилось до тѣхъ поръ, пока правительство, задавшись цѣлями секуляризаціи, сначала ограничило, а потомъ и совсѣмъ устранило подобную практику. Далѣе, мы уже видѣли, что и на первыхъ порахъ въ правѣ Русской Правды субъективному произволу была предоставлена свобода не въ назначеніи наслѣдниковъ, а въ разверстаніи между ними составныхъ частей наслѣдства; сфера, правда ограниченная, но все-таки она была.

Отсюда опять то послѣдствіе, что, окрѣпши подъ вліяніемъ церкви, субъективный произволъ сталъ претендовать и на большую свободу; коли признана свобода опредѣлять величину частей, слѣдующихъ дѣтямъ, то не труденъ переходъ и къ свободѣ устранять того или другаго изъ дѣтей отъ наслѣдства, а то—и всѣхъ ихъ, подставляя вмѣсто нихъ или церковь, или лицо, стоящее внѣ всякихъ семейныхъ связей съ умирающимъ. Наконецъ, рядъ, разсматриваемый какъ воля отца, все-таки освященъ закономъ, который, правда, не предполагалъ, чтобы эта воля въ своемъ содержаніи уклонилась отъ юридической необходимости, т. е. отъ принципа семейной связи. Какой-же изъ всего этого выводъ? Выводъ тотъ, что въ Русской Правдѣ хотя и нѣтъ завѣщательнаго наслѣдованія, но тѣмъ не менѣе заброшены его зерна, даны такія нормы, изъ которыхъ впослѣдствіи выростетъ завѣщаніе, какъ институтъ, не имѣющій ничего общаго съ семейными отношеніями и связями, держащійся единственно на субъективномъ произволѣ. Но въ такомъ видѣ институтъ нашъ выростетъ не скоро. Съ постановленіями Русской Правды случится то-же, что случилось и съ закономъ 12 таблицъ. Римскій тестаментъ былъ освященъ въ своей неограниченности по формѣ главнымъ образомъ, какъ средство обходить претензіи агнатовъ и охранить права когнатовъ, т. е., liberi, cognati proximi, и наконецъ, какъ средство охранить права супруговъ по отношенію другъ къ другу. Вводя абстрактное правило: uti legassit... ita jus esto, законъ 12 таблицъ тоже, очевидно, исходилъ изъ предположенія, что тестаментъ будетъ служить только указаннымъ сей-часъ цѣлямъ; но неограниченность тестамента по формѣ, освященная безусловно, перенесена была въ самое содержаніе. Послѣ этого неограниченность тестамента стала зломъ, которое нужно было coangustare, для чего и выставлены коррективы въ родѣ exheredítio, querela inofficiosi testamenti и наконецъ въ различныхъ видахъ pars legitima позд-

нѣйшаго юстиніановскаго права. У насъ такіе коррективы не выработались, на что были свои причины, о которыхъ мы не станемъ здѣсь говорить; и вотъ въ нынѣ дѣйствующемъ русскомъ правѣ мы встрѣчаемъ странное явленіе: рядомъ съ безграничною свободою завѣщанія нѣтъ никакого корректива на тѣ случаи, когда подобная свобода можетъ оказаться просто злоупотребленіемъ, бравадою нравственности, средствомъ пустить по-міру жену и дѣтей, быть можетъ по прописамъ какой-нибудь turpis persona. Родовой характеръ нѣкоторыхъ имуществъ, конечно, имѣетъ значеніе подобнаго корректива; но если въ прежнее время такой коррективъ и былъ дѣйствительнымъ, за то теперь его значеніе самое ничтожное.

Кромѣ другихъ причинъ, развитію завѣщанія въ русскомъ правѣ содѣйствовало еще то обстоятельство, что принципъ семейной связи, единственно и исключительно признанный въ Русской Правдѣ, впослѣдствіи времени видоизмѣнился и расширился въ принципъ связи родовой. Такому измѣненію, расширенію, тоже положено начало въ Русской Правдѣ, положено тамъ, гдѣ, по-видимому, нельзя было бы и ожидать его. Затѣмъ присоединились и другія причины, о которыхъ мы упомянемъ ниже. И такъ, до-сихъ-поръ мы видѣли, что имущество послѣ умершаго, все равно, изъ чего бы оно ни состояло, опредѣлялось въ своей судьбѣ прежде всего по началу семейной связи; что принципъ субъективнаго произвола, если и допущенъ, то, во-первыхъ, допущенъ внутри лишь тѣхъ границъ, которыя безусловно, неизмѣнно поставлены для него тѣмъ-же началомъ, какъ юридическою необходимостью, а во-вторыхъ, онъ допущенъ лишь на-столько, на-сколько взятъ подъ свою охрану церковью. Только съ такимъ содержаніемъ онъ былъ формально освященъ въ своей неограниченности; но и въ такомъ видѣ его освященіе тѣмъ не менѣе является зерномъ, исходнымъ моментомъ завѣщательнаго наслѣдованія въ русскомъ пра-

вѣ. За-тѣмъ, мы видѣли, что какъ-скоро въ данномъ случаѣ не имѣетъ мѣста примѣненіе семейнаго принципа и субъективнаго произвола, наступаетъ выморочность. Опредѣленіе условій, при которыхъ наступаетъ выморочность, повторено въ двухъ статьяхъ — въ LIX и LX: въ одной отрицательно, въ другой — положительно. Такимъ образомъ, вмѣсто того, чтобы толковать о различныхъ порядкахъ наслѣдованія послѣ смердовъ, бояръ и дружинниковъ, при чемъ пришлось бы допустить еще и третій, какой-то общій порядокъ наслѣдованія, мы до сихъ поръ имѣли дѣло только съ единымъ порядкомъ, безъ всякихъ сословныхъ различій. Потому слова г. Никольскаго (стр. 357) мы можемъ перефразировать такъ: «чтобы понять истинный смыслъ и значеніе постановленій Русской Правды о наслѣдованіи, мы должны опредѣлить именно понятіе семейной жизни и отношенія тѣхъ лицъ, которыхъ они касаются, а не ихъ сословныя права. — Намъ нѣтъ дѣла до особенныхъ ихъ отношеній къ князю, а потому мы отрицаемъ всякое различіе въ наслѣдованіи послѣ бояръ и дружинниковъ съ одной стороны, и смердовъ съ другой». Въ каждой изъ разобранныхъ статей мы находимъ высказанною по преимуществу одну какую-нибудь догму; но высказывая такую догму, такъ сказать ex professo, почти каждая изъ этихъ статей, проговаривается, если можно такъ выразиться, и на счетъ другой какой-нибудь догмы.

§ 11. И такъ, семейное начало — господствующій принципъ нашего древняго права наслѣдованія; оно возведено на степень юридической необходимости и подчиняетъ себѣ субъективный произволъ. Спрашивается, въ чемъ же состоитъ это начало? Прежде чѣмъ отвѣчать на подобный вопросъ, мы должны сдѣлать еще одно отступленіе. Мы сказали, что субъективному произволу отведенъ довольно незначительный просторъ, и притомъ лишь внутри тѣхъ границъ, которыя безусловно и ненарушимо поставлены для него юридическою необходимостью, т. е.

нормами объективнаго права, которыя, какъ извѣстно, тѣмъ сильнѣе дѣйствуютъ, чѣмъ глубже и сильнѣе основа ихъ обязательности коренится въ сознаніи человѣка; это та пора, когда онѣ дѣйствуютъ въ формѣ обычая, немногосложны и просты, какъ немногосложенъ и простъ тотъ бытъ, который опредѣляется ими. Таковъ именно бытъ, предполагаемый Русскою Правдою (*Дювернуа*, стр. 52—53). Связь нормы объективнаго права съ непосредственнымъ сознаніемъ каждаго человѣка выражается въ томъ, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ примѣненіе той или другой нормы *удостовѣряется*, *констатируется* тѣмъ-же непосредственнымъ сознаніемъ, такъ что, съ перваго взгляда, можетъ показаться, будто въ данномъ случаѣ такая норма имѣетъ приложеніе не потому, что приложимость въ ея природѣ, а потому, что она вызвана, создана тою субъективною волею, которая вызвала и самый случай. Субъективная воля, подчиняясь той или другой юридической нормѣ, какъ юридической необходимости, все-таки считаетъ нужнымъ заявить, что она согласна на примѣненіе такой нормы, что она согласна на тѣ послѣдствія, которыя наступили бы и сами собою, безъ подобнаго заявленія. Говоря это, мы, конечно, имѣемъ въ виду только тотъ видъ юридическихъ дѣйствій, которыя называются юридическими сдѣлками, юридическими актами. Вотъ какимъ образомъ дѣло принимаетъ такой видъ, будто въ данномъ случаѣ юридическая норма прилагается не прямо, а чрезъ посредство согласія на это субъективной воли, которая выдаетъ такую норму какъ-бы за собственное созданіе. Что же получается отсюда по отношенію къ наслѣдованію? Тѣ послѣдствія, которыя бы наступили и сами собою, умирающій считаетъ нужнымъ взять содержаніемъ акта своей воли, — онъ дѣлаетъ рядъ въ пользу дѣтей и церкви, хотя участіе тѣхъ и другой наступило бы и само собою, въ силу объективной нормы. Es ist gar nicht von einem Anderen die Rede, das etwa

der sonstigen Ordnung der Dinge gegenüber träte, sondern nur davon, dass der Hausvat"r das ohnehin schon Geltende zu einem auch von ihm Gewollten erhebt. Es ist vielmehr die Anerkennung, dass die eingeführte Ordnung die rechte sey... als dass es sich gegen diese Ordnung aufzulehnen gedächte (*Gans*, Erbrecht. Bd. 1, стр. 113). Понятно теперь, что, при извѣстной небрежности, легко прійдти къ выводу, будто объективная норма такого или инаго рода получилась вслѣдствіе постояннаго, однообразнаго повторенія извѣстныхъ юридическихъ актовъ съ одинаковымъ содержаніемъ. И въ-частности по отношенію къ наслѣдованію легко набрести на мысль, будто завѣщательное наслѣдованіе старше по времени наслѣдованія по закону, что между тѣмъ и другимъ существуетъ отношеніе причины и слѣдствія. Къ такой мысли и пришли нѣкоторые изъ нашихъ историковъ права, какъ-то гг. Бѣляевъ, Чичеринъ и Дювернуа. «Наслѣдованіе по завѣщанію старше наслѣдованія по закону, потому что законъ могъ возникнуть изъ обычая, а обычай развился лишь изъ однообразнаго повторенія завѣщаній» (*Бѣляевъ*, стр. 7). «Въ это время (т. е. даже въ XIV и XV в.!), вѣроятно, рѣдко наступало наслѣдованіе по закону. Каждый считалъ своею обязанностью сдѣлать завѣщаніе (которое, добавимъ отъ себя, иногда просто называется памятью), распорядиться на случай смерти» (*Б. Н. Чичеринъ*, Опыты, стр. 266. Срав. *Дювернуа*, стр. 217—18). Послѣ того, что сказано нами нѣсколько выше, мы, естественное дѣло, становимся на сторону г. Никольскаго, который говоритъ вотъ что: «Сначала въ первобытной жизни у народовъ вообще не бываетъ завѣщательнаго права. Гансъ, изслѣдуя наслѣдственное право въ общеисторическомъ его развитіи, открываетъ это основное положеніе въ законахъ Индіи, Китая, Зороастра и Моисея. Завѣщанія показываются въ постановленіяхъ Талмуда и въ правѣ мусульманскомъ. Онъ дѣлаетъ то-

же замѣчаніе о законахъ Исландіи, Норвегіи и Даніи. Тацитъ свидѣтельствуетъ, что завѣщаніе не было извѣстно древнимъ германцамъ. По законамъ Солона, аѳиняне не могли дѣлать завѣщаній, а Монтескьё думаетъ, что то-же самое было и у римлянъ до законовъ 12 таблицъ. Послѣ этого непонятно, какъ Бѣляевъ признаетъ завѣщательное наслѣдованіе старше наслѣдованія по закону» (*Никольскій*, стр. 117, примѣч. 1). Но и самъ г. Дювернуа, ставши на сторону г. Бѣляева по вопросу о старшинствѣ завѣщательнаго наслѣдованія, самъ-же потомъ высказываетъ такія положенія, которыя никакъ не ладятъ уже съ старшинствомъ завѣщательнаго наслѣдованія, будто-бы создавшаго наслѣдованіе по закону. Такъ, онъ выражается о значеніи русскихъ духовныхъ грамотъ слѣдующимъ образомъ: «Цѣль той сложной сдѣлки (Gesammtgeschäft), которую представляютъ собою наши завѣщательные акты, состоитъ въ томъ, чтобы привести въ извѣстность или всю сферу юридическихъ отношеній, которыя остались послѣ умершаго, или тѣ изъ нихъ, которыя по причинамъ практическимъ, особенно нуждались въ такомъ опредѣленіи. Общихъ, постоянныхъ элементовъ духовной грамоты мы не найдемъ; это не то, что римскій тестаментъ, въ которомъ существенно назначеніе наслѣдника. Мы найдемъ въ числѣ нашихъ духовныхъ грамотъ такія, въ которыхъ о наслѣдникѣ не говорится ни слова. При существованіи духовной въ этихъ случаяхъ мыслится законный наслѣдникъ завѣщателя. Причина понятна. Не столько порядокъ наслѣдованія требовалъ опредѣленія, сколько чувствовалась необходимость опредѣлить, въ чемъ будетъ наслѣдовать то или другое лицо. Духовныя грамоты фиксируютъ понятіе и составъ наслѣдства, которыхъ не опредѣляетъ никакой законъ. Понятно, что въ разныхъ случаяхъ могутъ быть очень различные поводы, которые вызываютъ такую дѣятельность завѣщателя. Отъ этого нѣтъ возможности указать постоянные элемен-

ты нашихъ завѣщательныхъ актовъ» (*Дювернуа*, стр. 248—249). «Если они (наши завѣщательные акты) походили на что-нибудь въ византійской практикѣ, то скорѣе на инвентари, нежели на тестаменты» (*Дювернуа*, стр. 329). Мы приведемъ еще одно мѣсто изъ того-же автора, гдѣ противорѣчіе, по нашему мнѣнію, высказывается особенно рѣзко: «....Откуда же взялись начала наслѣдственнаго права въ Русской Правдѣ? Какою силой утверждался этотъ порядокъ? Какая власть устраивала эти начала семейнаго быта? Кто для дѣтей узаконялъ ихъ отношенія къ имуществу отца, къ оставшейся вдовѣ? Намъ даетъ на это отвѣтъ сама Правда. Она разсматриваетъ послѣднюю волю отца какъ законъ въ сферѣ семьи; рядъ, который онъ далъ дѣтямъ, имѣетъ повелительный характеръ, какъ и сама Русская Правда. Если въ сознаніи людей того времени установились первыя, простѣйшія начала христіанскаго семейнаго быта, то *каждый отецъ долженъ былъ своимъ дѣтямъ приказывать то-же, что приказываетъ Правда на случай отсутствія послѣдней воли родителя*» (ibid. стр. 327. Крайне сбивчиво то, что говоритъ *Куницынъ*, стр. 72. *Лакіеръ*, стр. 153—154). Если таково значеніе завѣщаній, духовныхъ грамотъ въ пору позднѣйшую, когда начало личности и субъективнаго произвола между прочимъ было воспитано церковью, выработано и признано подъ вліяніемъ другихъ причинъ, если и въ эту пору духовныя грамоты все-таки походятъ на инвентари, а не на тестаменты, то что-же сказать о томъ рядѣ, который знаетъ Русская Правда? Любопытно наблюдать такія-же колебанія еще у одного писателя, который хотя и попалъ на дорогу правильнаго воззрѣнія, но все-таки не можетъ окончательно отдѣлаться отъ тяготѣющей традиціи. «Завѣщаніе не опредѣляетъ наслѣдниковъ, но только раздѣляетъ имущество на части уже опредѣленнымъ наслѣдникамъ, согласно съ природою семейнаго начала, дѣйствующаго въ на-

слѣдствѣ. И такъ, юридическая сторона завѣщанія заключается въ дѣленіи наслѣдства» (*Поповъ*, стр. III; Ср. *Никольскій*, стр. 343). «Въ отношеніи къ раздѣлу имущества воля завѣщателя, вѣроятно, была неограниченна»!... (ibid.). Но тотъ-же авторъ, не замѣчая совсѣмъ того противорѣчія, въ которое онъ впадаетъ, продолжаетъ: «Наслѣдство по закону представляется какъ дополнительное только въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ завѣщанія»!!! (ibid.). И наконецъ, г. Поповъ заключаетъ: «и такъ, завѣщаніе опредѣляетъ части имущества каждому изъ наслѣдниковъ. *Наслѣдники же опредѣляются семейнымъ началомъ, признаннымъ за необходимое въ наслѣдствѣ.* Воля завѣщателя не можетъ нарушить этого начала, ибо ей предоставлено только раздѣленіе имущества, а не назначеніе наслѣдника; его утверждаетъ законодательство» (*Поповъ*, стр. 113; Ср. *Дювернуа*, стр. 320). Рѣшительнѣе, чѣмъ кто-нибудь, отрицаетъ существованіе въ Русской Правдѣ завѣщательнаго наслѣдованія Витте: «ebenfalls ist das Schweigen der Prawda über testamentrisches Erbrecht ein Beleg dafür, dass die Rechtsüberzeugung der Russen damals noch nicht so weit vorgeschritten war, als das ein Erbrechtsprinzip, welches lediglich auf der Idee der Individualität berührt, von ihnen als zu Recht beständig anerkannt werden konnte (*Witte*, стр. 45).

Приведенныхъ выдержекъ достаточно для того, чтобы видѣть, что вопросъ о томъ, было или нѣтъ завѣщательное наслѣдованіе при дѣйствіи Русской Правды, не могъ быть рѣшенъ, какъ слѣдуетъ, и, какъ намъ кажется, правильному рѣшенію его и даже правильной постановкѣ прежде всего мѣшали двѣ причины. Одна причина — неясное представленіе о коренномъ принципѣ завѣщательнаго наслѣдованія, другая — это старая сбивчивость въ вопросѣ объ источникахъ права. Чтобы не дать повода къ какимъ-либо недоразумѣніямъ, мы должны опять сдѣлать одно отступленіе и напомнить главныя положенія

въ ученіи объ отношеніи jus et factum. Такъ, уже не разъ мы употребляли два различныхъ термина — *субъективный произволъ* и *юридическая необходимость*, ставя ихъ въ отношеніе взаимнаго контраста. Опредѣлимъ же теперь точнѣе то, что мы хотимъ выразить этимъ контрастомъ. Подъ субъективнымъ произволомъ мы разумѣемъ не только способность человѣка дѣйствіемъ своей воли вызвать тотъ или другой юридическій фактъ, но и способность связать съ юридическимъ фактомъ, или вызваннымъ волею, или возникшимъ помимо нея (какова — смерть), по своему выбору, тѣ или другія юридическія послѣдствія. Въ наслѣдованіи субъективный произволъ выразится тѣмъ, что умирающему представляется возможность (Macht, posse) вызвать послѣ своей смерти такія юридическія послѣдствія, которыя не наступили бы сами собою, т. е. въ-частности устроить переходъ своего имущества къ такимъ лицамъ, которыя безъ этого стояли бы совершенно въ сторонѣ. Очевидно, что и тѣ юридическія послѣдствія, которыя могутъ быть вызваны лишь прямо выраженною волею, а иначе не наступятъ, должны быть такого свойства, чтобы ихъ допускало объективное право; такъ-что, слѣдовательно, содержаніе субъективнаго произвола состоитъ вовсе не въ томъ, будто онъ можетъ вызвать такія послѣдствія, которыя вовсе неизвѣстны стоящему надъ нимъ объективному праву, или быть можетъ даже и не допускаются послѣднимъ; нѣтъ, содержаніе субъективнаго произвола состоитъ лишь въ томъ, что онъ пользуется тѣмъ выборомъ, какой возможенъ для него между различными юридическими послѣдствіями, извѣстными и допускаемыми въ объективномъ правѣ. Чѣмъ шире такой выборъ, тѣмъ шире, значитъ, и просторъ для субъективнаго произвола. Выборъ, а не творчество — вотъ сфера субъективнаго произвола. Этимъ и опредѣляется отношеніе между субъективнымъ произволомъ, или такъ называемою *автономіею*, и положительнымъ правомъ. Надъ дѣятельностью субъективнаго про-

произвола стоитъ на-сторожѣ положительное право, такъ-что юридическія послѣдствія, юридическая квалификація, опредѣляются не этою дѣятельностью, не волею, а положительнымъ правомъ. И прогрессъ положительнаго права, какъ извѣстно, состоитъ между прочимъ въ томъ, что оно становится подробнѣе и разнообразнѣе въ опредѣленіи тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя долженъ вести за собою тотъ или другой фактъ, — все равно, будетъ онъ вызванъ человѣческою волею, или совершится помимо нея. Если такъ, то понятно, что проявленіе субъективнаго произвола въ данномъ случаѣ, т. е. юридическая сдѣлка, никогда не можетъ сама для себя стать и юридическою нормою. Юридическая нормировка для сдѣлки все-таки истекаетъ не изъ нея самой, а изъ стоящаго надъ нею положительнаго права, все равно, въ какой бы формѣ оно ни стояло, — въ формѣ обычая или закона. Въ этомъ отношеніи между объективнымъ правомъ и творчествомъ субъективнаго произвола остаются, и всегда должны оставаться одинаковыми, коренное различіе и контрастъ, а взгляды Гербера все-таки до-сихъ-поръ остаются ересью. (Ср. напр. Унгеръ). Правда, юридическая нормировка часто входитъ въ содержаніе юридической сдѣлки, и чѣмъ древнѣе время, тѣмъ больше такая нормировка представляется чѣмъ-то необходимымъ въ содержаніи сдѣлки. Но это вовсе не значитъ, будто сдѣлка, какъ актъ индивидуальной воли, теряетъ свой коренной характеръ юридическаго факта, будто сглаживается категорическій контрастъ между jus и factum, такой контрастъ остается неизмѣннымъ и постояннымъ, въ какой-бы формѣ ни дѣйствовало положительное право. Значеніе такого внесенія въ содержаніе сдѣлки и юридической нормировки совсѣмъ иное. Внесеніе такое значитъ вотъ что: 1) присутствіе юридической нормировки въ содержаніи самой сдѣлки указываетъ лишь на то, что положительное право дѣйствуетъ въ формѣ обычая, и слѣдовательно, прежде всего опирается на личное непосредствен-

ное сознаніе каждаго. Вотъ почему оно и отражается въ каждой юридической сдѣлкѣ, какъ актѣ воли и сознанія. 2) Въ формѣ обычая положительное право отличается неопредѣленностію, — его нормы не носятъ на себѣ той отчетливости, обособленности отъ mores, какую получатъ впослѣдствіи, когда органомъ положительнаго права станетъ законъ, который опирается уже не на личное непосредственное сознаніе каждаго, а на стоящій *внѣ авторитетъ*. Вотъ почему для изученія положительнаго права данной эпохи памятники юридическихъ сдѣлокъ тѣмъ важнѣе, чѣмъ дальше отстоитъ отъ насъ эта эпоха. Но они важны не тѣмъ, будто самыя сдѣлки создавали нормы положительнаго права, — такого творчества мы за ними не признаемъ; памятники сдѣлокъ важны тѣмъ, что выражаютъ собою положительное право своего времени, сдѣлки далѣе служатъ органомъ, чрезъ который шло выясненіе и болѣе точное опредѣленіе нормъ положительнаго права. Не *творчество*, а *проводимость* — *instrumentality*, — вотъ историческое значеніе юридическихъ сдѣлокъ. Понимать иначе отношеніе юридическихъ сдѣлокъ къ положительному праву, приписывать имъ творчество, значитъ въ корнѣ противорѣчить той теоріи обычнаго права и вообще исторіи происхожденія положительнаго права, которая выработана нѣмецкою исторической школою, и въ настоящее время, послѣ возраженій Кирульфа, Тибо и др., все-таки остается господствующею, точнѣе опредѣлена, но не отвергнута, корифеемъ обновленной исторической школы, Игерингомъ, и теперь усвоена новѣйшими пандектистами, напр. Виндшейдомъ. Послѣ этого мы не можемъ не видѣть, что приведенныя выше мнѣнія гг. Бѣляева, Чичерина, Дювернуа могли образоваться только вслѣдствіе смѣшенія юридическаго факта, юридической сдѣлки, съ юридическою нормою. Сказаннаго пока достаточно для того, чтобы опредѣлить, что мы понимаемъ подъ субъективнымъ произволомъ и какъ понимаемъ его отношеніе къ объективному праву. Мы ска-

зали, что это первый терминъ того контраста, который мы выставили выше.

Что-же мы разумѣемъ подъ юридическою необходимостью? Мы понимаемъ подъ нею извѣстный характеръ положительнаго права, и такой характеръ состоитъ вотъ въ чемъ. Мы уже видѣли, что положительное право, и только оно одно, опредѣляетъ юридическія послѣдствія извѣстныхъ фактовъ, даетъ имъ нормировку, квалификацію; но оно съ однимъ и тѣмъ-же даннымъ фактомъ можетъ связывать различныя послѣдствія, такъ-что субъективному произволу можетъ быть предоставленъ выборъ между нѣсколькими видами юридическихъ послѣдствій; или же положительное право опредѣляетъ только одинъ видъ юридическихъ послѣдствій даннаго факта, такъ-что сказаннаго выбора не существуетъ. На-сколько нормы положительнаго права отличаются такимъ отрицаніемъ субъективнаго произвола, на столько-же онѣ носятъ на себѣ характеръ юридической необходимости; чѣмъ больше, слѣдовательно, въ системѣ даннаго права оказывается такъ-называемыхъ гипотетическихъ, регулятивныхъ или диспозитивныхъ нормъ, тѣмъ меньше, значитъ, такое право носитъ на себѣ характеръ юридической необходимости. Появленіе и умноженіе гипотетическихъ нормъ есть результатъ того, что положительное право, если можно такъ выразиться, внимательнѣе всматривается въ особенности юридическихъ фактовъ, сами эти факты становятся гораздо разнообразнѣе, вмѣстѣ съ тѣмъ и само положительное право становится обильнѣе и подробнѣе въ опредѣленіи юридическихъ послѣдствій, становится эластичнѣе въ нормировкѣ ихъ. Но отсюда-же ясно, что чѣмъ ниже та ступень гражданственности, которой принадлежитъ система даннаго права, и между прочимъ, чѣмъ меньше на этой ступени признана индивидуальная воля, личность, тѣмъ больше такое право будетъ носить на себѣ характеръ необходимости, и тѣмъ меньше въ немъ будетъ гипотетическихъ, регулятив-

ныхъ нормъ. Что это такъ, въ этомъ можно убѣдиться, напомнивши себѣ ходъ историческаго развитія любаго положительнаго права. Если такъ, то, обращаясь въ-частности къ наслѣдованію, мы неотразимо должны прійдти къ тому заключенію, что система наслѣдованія у какого бы то ни было народа никогда не можетъ начаться съ завѣщательнаго порядка, что наслѣдованіе по закону на первыхъ порахъ — безусловная юридическая необходимость и вмѣстѣ съ тѣмъ исходная точка отправленія, съ которой начинается историческое развитіе системы наслѣдованія вообще. Оказываются на-лицо извѣстные факты, которые въ силу нормъ положительнаго права, опредѣляющаго юридическія послѣдствія такихъ фактовъ не гипотетически, не регулятивно, а необходимо, ведутъ за собою связанныя съ ними последствія, но послѣдствія лишь одного вида; совокупность нормъ, опредѣляющихъ послѣдствія смерти относительно имущества составляетъ систему наслѣдованія. Мы говорили уже, что въ ту пору, когда право составляетъ продуктъ не рефлексіи законодателя, а непосредственнаго народнаго сознанія, когда, словомъ, право дѣйствуетъ въ формѣ обычая, оно опирается не на авторитетъ, а на личное сознаніе каждаго отдѣльнаго лица; въ одномъ этомъ сознаніи по преимуществу дана санкція положительнаго права. Но въ такомъ случаѣ, очевидно, что санкція эта будетъ имѣть силу лишь подъ тѣмъ условіемъ, когда та или другая юридическая норма сознается какъ правило, съ которымъ нѣтъ возможности не соображаться, которому нельзя не подчиняться. Короче, положительное право, дѣйствуя въ формѣ обычая, по преимуществу носитъ тотъ характеръ, который мы только-что назвали юридическою необходимостью; обычное право, по природѣ своей, не годится для того, чтобы въ немъ могли возникнуть и развиться гипотетическія нормы. Съ такимъ характеромъ необходимости оно сознается еще и потому, что къ этому ведетъ простота и незатѣйливость въ содержаніи его нормъ,

какъ-разъ соотвѣтствующая простотѣ самихъ бытовыхъ отношеній. А таковы именно бытовыя отношенія, для которыхъ выработаны нормы, собранныя въ Русской Правдѣ (*Дювернуа*, стр. 324, 325, 328). Какъ бы то ни было, но въ эпоху обычая санкція положительнаго права въ томъ, что его нормы сознаются какъ необходимость, какъ такія правила, которыя стоятъ непреложно, неотразимо для субъективнаго произвола. Дѣйствительно, въ эпоху Русской Правды «для свободныхъ людей, въ сферѣ имущества, не было никакихъ внѣшнихъ законовъ, кромѣ тѣхъ, въ которые они вѣрили» (*Дювернуа*, стр. 327). Если такъ, то мы опять съ полнымъ основаніемъ можемъ сказать, что постановленіе Русской Правды: послѣ умершаго «все дѣтямъ»—сознавалось въ ту пору какъ юридическая необходимость, которой нельзя обойдти ни рядомъ, ни другимъ способомъ; что для такого обхода въ тогдашнемъ правѣ не было ни мѣста, ни основанія, не было нормы, которая бы освящала начало, подобное римскому: «uti legassit — ita jus esto (*Witte*, стр. 32; *Никольскій*, стр. 342 — 343). Если норма— «все дѣтямъ» и терпитъ подлѣ себя субъективный произволъ, то скорѣе въ видѣ изъятія: 1) для него отведенъ незначительный просторъ внутри тѣхъ границъ, которыя отведены тою-же нормою, ему предоставлено количественное опредѣленіе частей имущества, приходящихся каждому на ту pars, которая concursu plurium fit; 2) этотъ произволъ взятъ подъ покровительство церкви, но подъ тѣмъ условіемъ, если онъ выражаетъ собою заботу умирающаго о душѣ, если оказывается связь съ религіознымъ интересомъ, — опредѣлена часть для поминка, по душѣ. Мы уже замѣтили выше, что въ этихъ ограниченіяхъ нормы, выставляющей господство семейнаго начала, заключается зерно русскаго завѣщательнаго наслѣдованія. Это зерно выростетъ медленно и опять-таки главнымъ образомъ подъ охраною церковнаго авторитета. «Дошедшія до насъ завѣщанія изъ періо-

ода до судебниковъ важны какъ проявленія новаго развитія въ правѣ наслѣдованія... Завѣщанія эти составлялись подъ сильнымъ вліяніемъ духовенства: въ нихъ то и дѣло — отказы въ пользу церквей и монастырей» (*Witte*, стр. 45—46). Пока въ видѣ исключенія, но тѣмъ неменѣе брешь семейному началу была нанесена, рядъ былъ освященъ какъ односторонняя воля умирающаго; вмѣстѣ съ тѣмъ заброшены основы, на которыхъ впослѣдствіи сложится и разовьется система наслѣдованія, основанная единственно на субъективномъ произволѣ. Положительное право Русской Правды, по-крайней-мѣрѣ въ тѣхъ постановленіяхъ, которыя относятся къ наслѣдованію, выступаетъ съ характеромъ юридической необходимости въ томъ смыслѣ, что юридическія послѣдствія факта — смерти лица, оставляющаго имущество, опредѣляются лишь въ одномъ видѣ, что вызвать тѣ или другія послѣдствія субъективный произволъ не можетъ, — для него выбора нѣтъ, потому что выбирать не изъ чего. По отношенію къ наслѣдованію такая юридическая необходимость выражаетъ собою принципъ, на которомъ исключительно, за оговоркою упомянутыхъ выше изъятій, и построена система наслѣдованія въ Русской Правдѣ. Такимъ образомъ, постановленія Русской Правды даже и приблизительно не походятъ на гипотетическія нормы (какими они кажутся, между прочимъ, и *Куницыну*, стр. 73. *Витте*, стр. 34; *Поповъ*, въ приведенной выше выдержкѣ). И вотъ мы возвращаемся къ тому вопросу, который предложили выше, — именно, что же такое принципъ семейной связи, или просто — семейный, и въ чемъ онъ состоитъ въ примѣненіи къ наслѣдованію?

§ 12. Въ томъ видѣ, въ какомъ семейный принципъ является по отношенію къ наслѣдованію, этотъ принципъ описанъ еще въ римскомъ правѣ. Мы думаемъ, не лишне ознакомиться съ этимъ описаніемъ; быть можетъ, для насъ откроются такія аналогіи,

которыхъ мы и не подозрѣваемъ. Въ римскомъ правѣ семейный принципъ, искаженный своеобразною организаціею римской familia, все-таки не далъ заслонить себя окончательно; онъ выразился въ выдѣленіи особой категоріи наслѣдниковъ, подъ названіемъ sui. (См. Arnold). Указанія на нихъ весьма любопытны и стоятъ того, чтобы напомнить хотя нѣкоторыя изъ нихъ. Вотъ что мы читаемъ о наслѣдованіи sui l. D. de liber. et post. hered. (28.2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim si domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur; unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis *liberam bonorum administrationem;* hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. l. 1. § 12. D. de succ. edict. (32.9)... qui paene ad propria bona veniunt. l. 7. pr. D. de bon. domnat. (48. 20): Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen iis inditum est. § 3. J. de heredit., quae ab int. def. (3. 1): Sui autem etiam ignorantes, fiunt heredes... et statim morte parentis quasi continuantur dominium. Cicero in Verrem. II. S. 44. Quibus cum vivi bona nostra partimur. l. 195 § 2. D. d. V. S. (50. 16): Cum paterfamilias moritur quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt... patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent. § 2. I. de hered. qualit. et differ. (2. 19). Sed sui quidem heredes ideo appelantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Что же такое семья?

Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sub unius potestate aut natura, aut jure subjectae, ut puta patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vice eorum sequuntur ut puta nepotes et neptes et deinceps. Сдѣланныхъ выдержекъ достаточно для того, чтобы видѣть, что̀ такое семья въ римскомъ правѣ, какъ форма человѣческой общественности, организованная въ силу ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, и потому организація эта такова, что съ большими или меньшими видоизмѣненіями должна повторяться и во всякомъ другомъ правѣ. Мы можемъ сказать, что три момента слагаютъ собою понятіе семьи: 1) домъ (domus, pecunia, res); 2) власть (potestas); семья основана на единствѣ авторитета, который олицетворяется въ семьѣ въ томъ или другомъ изъ ея членовъ; 3) совокупность лицъ (plures personae), связанныхъ между собою, и связь такая построена на томъ, что всѣ лица, составляющія персоналъ семьи, подчинены одному, въ лицѣ котораго сосредоточенъ авторитетъ — sub unius potestate subjectae; основаніе такого подчиненія — происхожденіе всѣхъ отъ того, или тѣхъ, въ лицѣ которыхъ сосредоточенъ авторитетъ, — это natura; можетъ быть и другое основаніе — jus, напр., при adoptio и arrogatio. (См. Brinz). Юридическая конструкція семьи можетъ быть понята при ясномъ пониманіи каждаго изъ этихъ моментовъ въ отдѣльности.

Домъ представляетъ собою имущественную сторону семьи (pecunia). Домъ — общее обозначеніе совокупности всѣхъ имущественныхъ средствъ, служащихъ къ удовлетворенію нуждъ извѣстнаго числа лицъ, связанныхъ какъ одно цѣлое, какъ семья. Въ ту пору, когда имущественный оборотъ простъ и незатѣйливъ — и такимъ онъ былъ въ эпоху Русской Правды (*Дювернуа*, стр. 148), когда мѣновыя сдѣлки только зарождаются и совершаются à comptant, кредита не существуетъ, имущественныя средства каждаго состоятъ изъ наличности, при-

надлежащей своему субъекту или по праву собственности, или по праву владѣнія, — что все равно въ томъ смыслѣ, что и въ томъ и въ другомъ случаѣ наличность имѣетъ для себя топографическій центръ, т. е. то мѣсто, гдѣ живетъ семья, для которой эта наличность служитъ. Это мѣсто, этотъ центръ — есть тотъ поземельный участокъ, который приспособленъ къ жилью и принадлежитъ данной семьѣ. Отсюда слово «домъ» получаетъ другое, болѣе наглядное значеніе: онъ означаетъ жилье данной семьи. Въ составъ дома, какъ жилья, войдетъ не только недвижимое имущество, т. е. дворъ, но и движимость, пребывающая внутри границъ его и чрезъ это самое попадающая въ сферу частнаго обладанія извѣстной семьи. Вотъ, между прочимъ, еще причина, почему мы считали возможнымъ принять за двѣ стороны одного и того-же понятія слова «домъ» и «задница». Наше слово домъ, какъ и латинское domus, употребляется не только въ смыслѣ зданія, въ которомъ живутъ люди, но точно такъ-же въ смыслѣ имущественной стороны семьи. Въ такомъ смыслѣ семья и домъ необходимо предполагаютъ другъ друга. Вотъ почему oeconomia, домостроительство, домоводство означаютъ не одно лишь искусство держать порядокъ въ домѣ, т. е. въ отдѣльныхъ комнатахъ; oeconomiam separatam constituere въ германскомъ правѣ значитъ составлять семью, т. е. образовать новую имущественную сферу съ самостоятельнымъ центромъ. Такимъ образомъ домъ означаетъ или топографическій центръ имущественныхъ отношеній, или всю совокупность этихъ отношеній. Но отношенія эти на первыхъ порахъ очень просты, они существуютъ только по наличности, кредита нѣтъ, а потому нѣтъ и долговыхъ правъ, по-крайней-мѣрѣ такихъ, которыя возникаютъ изъ кредитныхъ сдѣлокъ и вообще изъ договоровъ. Но мало того, самая наличность въ ту пору не такъ многосложна и разнообразна. Въ самомъ дѣлѣ, изъ чего могла состоять наличность въ эпоху Русской

Правды? «Что касается до имуществъ, которыя были предметомъ частной собственности въ это время, то они... преимущественно состояли изъ движимости, статка, остатка, задницы (Ср. *Witte*, стр. 33. Понятіе задницы, остатка, мы опредѣлили совсѣмъ иначе). Впрочемъ, появились уже и нѣкоторыя недвижимости, а именно, постройки, домъ, дворъ, хоромы, которыя переходятъ по наслѣдству отъ отца къ сыновьямъ. Земля, какъ видно, еще не входила въ составъ частныхъ имуществъ, ибо даже позднѣйшая Русская Правда не содержитъ въ себѣ никакихъ постановленій о пріобрѣтеніи или отчужденіи земли. Она различаетъ только земли, по способу обладанія ими, на занятыя и пустопорожнія, изъ которыхъ первыя, какъ видно, были отмежеваны и назывались по способу занятія ролейными или бортными». «Въ частной поземельной собственности, внѣ общины, не было нужды и теперь, какъ прежде въ родовомъ быту, ибо не было еще для нея достаточныхъ побужденій ни въ лицѣ, ни въ условіяхъ самой жизни. Само собою разумѣется, что, говоря это, мы имѣемъ въ виду массу населенія этого времени, а не греческое духовенство и не пришлыхъ людей, которые составляютъ исключеніе. Главными предметами обладанія были имущества движимыя, принадлежностью которыхъ опредѣлялась даже принадлежность земли; кому принадлежали движимыя вещи, тому принадлежала и земля, на которой онѣ находились; на это указываетъ постановленіе Русской Правды «о бортѣхъ», изъ котораго видно, что владѣлецъ ихъ получалъ нѣкоторое право на землю (*Никольскій*, стр. 331—332)». «Этотъ имущественный міръ ясно указываетъ на ограниченность нуждъ и потребностей того времени, на простоту жизни и земледѣльческій бытъ. Домъ, дворъ, хоромы, платье, да необходимыя для обработки полей животныя и земледѣльческія орудія—вотъ все достояніе лица, частное имущество того времени. Объ этомъ движимомъ имуществѣ

только и говоритъ Правда, оно, слѣдовательно, только и переходило въ это время по наслѣдству. Поэтому только къ нему и относятся постановленія Русской Правды о наслѣдствѣ» (*Никольскій*, стр. 333, ср. стр. 319, 343—344). Г. Дювернуа выражается объ этомъ такъ: «можно сказать, что Русская Правда предполагаетъ поземельную собственность, ибо она говоритъ о господинѣ, который нашелъ ролейнаго закупа» (стр. 131). И далѣе: «говоритъ ли Русская Правда о наслѣдованіи въ землѣ (конечно, для тѣхъ, кому земля принадлежала какъ собственность); объ этомъ могутъ быть разныя мнѣнія. Неволинъ склоняется къ тому, что статокъ вовсе не означаетъ одного движимаго имущества. Но что несомнѣнно, это то, что Русская Правда не говоритъ вовсе о свободномъ гражданскомъ оборотѣ съ землею, о куплѣ, залогѣ, пользованіи въ отношеніи къ землѣ» (*Дювернуа*, стр. 131). Что касается до общаго владѣнія землею въ томъ видѣ, какъ оно выставлено Рейцомъ, то «Рейцево общее владѣніе намъ ни на что не нужно» (ibid.), а мы можемъ прибавить, что и общинное землевладѣніе гг. Никольскаго, Бѣляева тоже ни на что не нужно. «Предположеніе, что собственность была не личная, а родовая, тоже не даетъ никакихъ результатовъ, ибо мы знаемъ, что и родъ могъ продавать свое родовое имѣніе...». (*Дювернуа*, стр.131—132). Мнѣніе, что не только въ эпоху Русской Правды, но и до нея господствующимъ типомъ землевладѣнія была личная собственность, а не общинная и не родовая, нашло самаго энергическаго защитника въ Неволинѣ (Истор. Рос. гр. зак. т. III, стр. 338), а въ г. Никольскомъ самаго энергическаго противника (*Никольскій*, стр. 371 и др., наприм. 119). Кто правъ, кто неправъ, вопросъ пока остается нерѣшеннымъ, и во всякомъ случаѣ на-долго останется спорнымъ. Оставаясь на почвѣ положительныхъ документовъ, т. е. постановленій Русской Правды, и не пускаясь въ догадки на-счетъ того,

какъ было въ періодъ болѣе ранній, мы можемъ объяснить молчаніе Русской Правды о землѣ (т. е. о пахоти и угодьяхъ) тою причиною, на которую намекнулъ г. Дювернуа, т. е. что не было оборота съ землею, а не было оборота потому, что земля какъ пахоть, какъ угодье, сама по себѣ не имѣла цѣнности, что населеніе не было окончательно осѣвшимся и бродило съ мѣста на мѣсто. Колонизація и кочеваніе, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, — одна изъ характерныхъ чертъ русской исторіи. И въ эпоху гораздо позднѣйшую мы видимъ, что земля получаетъ цѣнность и значеніе въ экономическомъ оборотѣ не сама по себѣ, а какъ принадлежность прикрѣпленнаго къ ней труда (Ср. Жуковскій), что угодья долго не возводятся на степень самостоятельной недвижимой собственности, что пустопорожними землями правительство мало интересуется, пуская ихъ то на одабриваніе, то оставляя за тѣми, кому онѣ примѣрены. Но если все это и такъ, то съ другой стороны несомнѣнно и то, что въ эпоху Русской Правды былъ же какой-нибудь порядокъ въ землевладѣніи, распредѣлялась же земля по тѣмъ или другимъ началамъ между тогдашнимъ населеніемъ. Намъ рисуютъ бытъ этого времени, какъ бытъ земледѣльческій по преимуществу, указываютъ на такія движимости, которыя служатъ для производительности земли, или прямо вытекаютъ изъ этой производительности, и въ то-же время, подъ видомъ теорій то общиннаго, то родоваго, то княжескаго землевладѣнія, въ сущности проповѣдуется полное отсутствіе всякихъ юридическихъ отношеній по землевладѣнію, хотя признается существованіе такихъ отношеній для обладанія портами и т. п. Мы полагаемъ, что въ земледѣльческомъ быту первое дѣло—установленіе юридическихъ отношеній относительно землевладѣнія, которое не можетъ оставаться въ состояніи *какого-то безправія* и неопредѣленности; оно должно распредѣляться по извѣстной формулѣ между тѣми или другими субъектами, еди-

личными или коллективными. Вопросъ лишь въ томъ, каковы были эти субъекты, эти *юридическіе* центры, къ которымъ пріурочивалась земля, была ли такимъ субъектомъ отдѣльная личность, или же семья, или быть можетъ община или родъ? Ставя такіе вопросы, мы рискуемъ впутаться въ старые споры о русской общинѣ, о родовомъ бытѣ; но мы думаемъ, что можно обойдти такой рискъ; исторія права возможна и помимо участія въ этихъ старыхъ, замолкшихъ, но не оконченныхъ спорахъ. Думаемъ мы такъ между прочимъ и потому, что работы гг. Сергіевича и Дювернуа, при всей плодовитости достигнутыхъ ими результатовъ, исполнены помимо участія въ упомянутыхъ спорахъ. Мы не можемъ однако уклониться отъ вопроса о томъ, какъ распредѣлялось землевладѣніе, потому что, *рѣшивши этотъ вопросъ по отношенію къ землѣ*, тѣмъ *самымъ рѣшимъ и вопросъ о распредѣленіи имущества вообще, независимо отъ того, какое* оно — движимое, или недвижимое. Что же оказывается? Намъ говорятъ, что въ распредѣленіи землевладѣнія было два порядка: землевладѣніе на правѣ частной собственности и землевладѣніе на правѣ собственности общинной. Первое—это землевладѣніе духовенства и дружинниковъ, второе—землевладѣніе смердовъ, какъ общинниковъ. Съ землевладѣніемъ князя не знаютъ, что и дѣлать. Въ первомъ землевладѣніи субъектомъ, юридическимъ центромъ, является отдѣльное лицо, физическое или юридическое, во второмъ — община (*Никольскій*, стр. 146—148). «Право собственности на землю никогда ему (смерду) не принадлежало, а принадлежало или общинѣ, или князю, *какъ представителю общественнаго интереса* (?). Всякій членъ общества въ силу этого (т. е. въ силу того, что право собственности ему не принадлежало ?!) могъ сказать, что это и его земля, но не его частная, ему, какъ отдѣльному лицу принадлежащая собственность, а его, какъ члена общественнаго союза» (*Дювернуа*, стр. 127, сравн. его-же, стр. 126,

134; *Бѣляевъ*, стр. 18). Не считая нужнымъ и даже возможнымъ пускаться въ разборъ всѣхъ мнѣній, высказанныхъ по этому поводу, мы можемъ замѣтить: во 1-хъ, вопросъ о землевладѣніи сильно запутывается представленіями о русской общинѣ въ томъ видѣ, въ какой она сложилась позднѣе какъ податная единица, слѣдовательно, сложилась и устроилась съ своимъ общиннымъ землевладѣніемъ подъ вліяніемъ правительства. Но та община, которая существовала въ удѣльно-вѣчевомъ періодѣ, не имѣетъ ничего общаго съ общиною, какъ податною единицею (*Жуковскій*, въ приведен. статьѣ). Во-вторыхъ, мы должны замѣтить, что изъ постановленій Русской Правды о наслѣдованіи, исходя изъ предположенія, что существовалъ же какой-нибудь порядокъ землевладѣнія, можно несомнѣнно вывести, что центромъ, къ которому пріурочивалось распредѣленіе землевладѣнія, была семья. Не была такимъ центромъ община уже хотя бы потому, что «община есть явленіе позднѣйшее въ исторіи... не община создаетъ семью, а семья общину» (*Никольскій*, стр. 372. Ср. *Рождественскій*, стр. 38). Да и во всякомъ случаѣ существованіе общиннаго землевладѣнія, если-бы оно и было, все-таки не даетъ права дѣлать такой рѣзкій выводъ: «наслѣдованіе въ общинной землѣ не только не было, но и быть не можетъ» (*Никольскій*, стр. 341). Притомъ же землевладѣніе общины, какъ отношеніе болѣе сложное и запутанное, есть созданіе болѣе поздняго времени и болѣе правильныхъ податныхъ отношеній. Такимъ центромъ не была далѣе и отдѣльная личность, потому что въ это время личность никогда и нигдѣ не являлась сама по себѣ, а непремѣнно съ такою или другою квалификаціею, взятою изъ ея соціальнаго, политическаго и главнымъ образомъ семейнаго положенія. Конечно, это не значитъ, будто въ древней Россіи не было юридическаго быта, потому будто-бы, что личность въ гражданской сферѣ ничего не значила (*Кавелинъ*, Собр. соч. Т. I. стр. 364.

Трудно, конечно, понять, какое значеніе имѣетъ подобная фраза: «Въ Петрѣ Великомъ личность на русской почвѣ вступила въ свои безусловныя права, отрѣшилась отъ непосредственныхъ, природныхъ, исключительныхъ національныхъ опредѣленій, побѣдила ихъ и подчинила себѣ. Вся частная жизнь Петра, вся его государственная дѣятельность (sic!) есть первая фаза осуществленія начала личности въ русской исторіи» — ibid. стр. 369. Для г. Кавелина начало личности — законъ въ русской исторіи; стр. 316—321, 376—378. Эта идея, подъ именемъ Prinzip der Individualität, проведена у Витте, въ его Ein Blick. — *Губе*, Сборн. историч. и статист. свѣдѣній о Россіи, стр. 63; *Никольскій* стр. 117; *Шульгинъ*, стр. 29). Не былъ, наконецъ, юридическимъ центромъ землевладѣнія и родъ, потому что, какъ бы мы ни смотрѣли на значеніе рода въ русской исторіи, но этого значенія не видно ни въ Русской Правдѣ вообще, ни въ-частности — въ ея постановленіяхъ о наслѣдованіи. Такимъ образомъ, недвижимое имущество, со стороны своей принадлежности, ничѣмъ не отличалось отъ имущества движимаго: и то, и другое представляется пріуроченнымъ къ одинаковому центру — къ семьѣ. Такое воззрѣніе, такая пріуроченность представляются наиболѣе естественными въ томъ смыслѣ, что подобное юридическое воззрѣніе само собою стремится высказаться на извѣстной ступени развитія общественнаго быта. Мы видѣли выше, что по мнѣнію самихъ же римскихъ юристовъ такое воззрѣніе господствовало, оно должно было господствовать въ первое время и у римлянъ, что только изъ него римскіе юристы въ состояніи объяснить себѣ особенности въ наслѣдованіи heredes sui. Вопросъ только въ томъ, станетъ ли оно и впослѣдствіи воззрѣніемъ юридическимъ, или же останется лишь на степени моральнаго принципа, опредѣляющаго отношеніе главы семейства по имуществу къ остальнымъ, подвластнымъ членамъ семьи. Римское право, какъ извѣстно, не воз-

вело этого воззрѣнія въ юридическую формулу, вмѣсто него оно выдвинуло paterfamilias съ его potestas, какъ лицо, совершенно заступающее семью, на которое одно перенесена принадлежность имущества, назначеннаго для удовлетворенія нуждъ семьи. (Г. *Никольскій* готовъ то-же видѣть и въ Россіи въ пору Русской Правды, стр. 277, 268, 284. Скорѣе можно бы допустить, что въ эту пору только зарождается такое положеніе, что воля отца покрываетъ собою всю семью, что онъ одинъ—полновластный субъектъ всѣхъ имущественныхъ отношеній; оно зарождается отчасти подъ вліяніемъ христіанско-византійскихъ идей, но только не проведено еще съ такою послѣдовательностью, какъ въ римскомъ правѣ. Смотр. между прочимъ *Шульгинъ*, стр. 41 и въ частности, стр. 30, 45). Оставаясь, далѣе, послѣдовательнымъ здѣсь, какъ и вездѣ, римское право парализовало способность подвластныхъ членовъ семьи пріобрѣтать что-нибудь для себя; въ этомъ отношеніи его послѣдовательность надломалась не догматически, а исторически, когда возникли различные виды peculia. Но вѣдь мы знаемъ, что римское право поступило такъ только съ 12 таблицъ, т. е. съ тѣхъ поръ, когда положительное право было формулировано въ видѣ писаннаго закона, который легъ въ основаніи interpretatio, а потомъ преторскаго эдикта и доктринъ юристовъ. Какъ было до того времени, мы не знаемъ; очень можетъ быть, что отвергнутое позднѣе воззрѣніе господствовало до 12 таблицъ. Оно по самой природѣ какъ-разъ таково, что способно обнаружиться въ томъ періодѣ, когда право выражается въ формѣ обычая, какъ это можно сказать о періодѣ Русской Правды (*Дюверну*, стр. 328). Если такъ, то мы въ-правѣ сказать, что въ разсматриваемое время юридическими центрами, между которыми распредѣлялись имущества, какъ движимыя, такъ и недвижимыя, были семьи, а не другія единицы («Собственность принадлежитъ семьѣ, а не родоначальнику, и управляется съ общаго согласія членовъ послѣдней». *Кавелинъ*, Собраніе соч.

т. III, стр. 85; *Witte*, стр. 22; *Губе*, стр. 63, 67, 87; *Попов*, стр. 105; *Никольскій*, стр. 36), и такое положеніе, по нашему мнѣнію, одинаково безусловно должно быть признано для всѣхъ классовъ тогдашняго населенія, безъ различія званій, безъ различія бояръ и дружинниковъ съ одной стороны, и смердовъ-общинниковъ — съ другой. Страннаго тутъ, конечно, нѣтъ ничего; мы знаемъ, что изъ такого-же воззрѣнія исходило и германское право. Самый составъ тогдашняго имущества благопріятствовалъ возможности и проявленію подобнаго воззрѣнія; составъ этотъ, какъ мы знаемъ, слагался почти исключительно изъ наличности, а юридическія отношенія по наличности удобно допускаютъ для себя существованіе такого безличнаго центра, субъекта, какъ семья. Иное дѣло — долговыя права, возникающія изъ договоровъ, — для нихъ необходимо въ самомъ содержаніи ихъ указаніе какъ на лицо, которому принадлежитъ данное долговое право, такъ и на то лицо, на которомъ лежитъ отвѣтственность за удовлетвореніе этого права. Такимъ образомъ, принадлежность имущества не отдѣльному лицу, а цѣлой семьѣ — вотъ наиболѣе нормальный для тогдашняго времени типъ отношеній по имуществу. Такой взглядъ какъ нельзя болѣе повѣряется и оправдывается тѣми положеніями, которыя даны въ Русской Правдѣ относительно наслѣдованія; онъ повѣряется далѣе и юридическими памятниками, ближайшими по времени къ Русской Правдѣ. Покупка земли главой семейства съобща съ своими дѣтьми, продажа земли тоже съобща съ дѣтьми — обыкновенное явленіе, и такое участіе дѣтей было нужно вовсе не для того, чтобы тѣмъ отличить купчую отъ закладной (Ср. *Никольскій*, стр. 263 — 264; *Шульгинъ*, стр. 30), и не для того чтобы тѣмъ устранить возможность выкупа; напротивъ, скорѣе можно сказать, что такое участіе — результатъ семейной принадлежности покупаемаго и продаваемаго имущества. Покупка и продажа, какъ акты, измѣнявшіе составъ се-

мейнаго имущества, производились съ согласія всѣхъ отдѣльныхъ членовъ семьи, по общему ихъ совѣщанію. Выкупъ, чтобы ни говорили о немъ, есть институтъ болѣе поздній, принадлежащій къ тому времени, когда система русскаго наслѣдованія сдвинулась съ семейнаго начала и переставилась на начало родовое, что случилось гораздо позднѣе. Выкупъ, далѣе, получилъ для себя поощреніе подъ вліяніемъ помѣстной системы, и очень можетъ быть, что на-первыхъ порахъ выкупъ выступилъ въ видѣ спора противъ дѣйствительности продажи въ томъ случаѣ, если такая продажа была произведена однимъ членомъ семьи, хотя бы и ея главой, безъ согласія на это другихъ членовъ. Этотъ характеръ спора противъ дѣйствительности сдѣлки выкупъ, до извѣстной степени, удерживаетъ и теперь. И такъ, мы думаемъ, что въ Русской Правдѣ господствующимъ, если не исключительнымъ типомъ имущественныхъ отношеній предполагается семейная принадлежность имущества; родовыхъ имуществъ нѣтъ, а съ ними нѣтъ и благопріобрѣтенныхъ, такъ-какъ тѣ и другія возможны только какъ взаимный контрастъ (Ср. *Никольскій*, стр. 148). Но послѣ этого становится вполнѣ вѣроятною догадка г. Попова и другихъ, что предсмертный рядъ умирающаго главы семейства, вытекавшій не изъ того, что онъ, и только онъ одинъ, былъ единственнымъ безграничнымъ субъектомъ имущественныхъ правъ, не былъ одностороннимъ актомъ его воли, а напротивъ, рядъ совершался и опредѣлялся въ своемъ содержаніи при участіи воли тѣхъ, къ кому онъ относился. Вотъ еще одна причина, почему толки о завѣщательномъ наслѣдованіи въ Русской Правдѣ намъ кажутся забѣганіемъ за нѣсколько столѣтій впередъ. Тому, кто наблюдалъ юридическій бытъ нашего простаго народа, не безъизвѣстно, что и теперь въ этомъ бытѣ понятіе семейнаго имущества преобладаетъ надъ понятіемъ личной собственности, и конечно, такое воззрѣніе не есть результатъ общиннаго быта; оно оказывает-

ся и тамъ, гдѣ общинный бытъ (напр. въ губерніяхъ черниговской и полтавской) не въ обычаѣ.

§ 13. Въ представленныхъ сей-часъ доводахъ, которые имѣли цѣлью доказать, что въ разсматриваемое время центромъ распредѣленія имуществъ являлась семья, а не личность съ одной стороны, или другая болѣе сложная единица — съ другой, мы предполагали извѣстнымъ и опредѣленнымъ понятіе семьи, какъ совокупности лицъ, связанныхъ между собой тою или другою связью. Теперь намъ предстоитъ опредѣлить, что такое семья, какъ совокупность лицъ, изъ кого слагается персоналъ семьи? Персоналъ этотъ составляютъ всѣ тѣ лица, которыя связаны между собою подчиненіемъ единому авторитету, единой власти. Такое единство авторитета *и даетъ связь всѣхъ лицъ*, составляющихъ персоналъ семьи. Авторитетъ сосредоточенъ прежде всего въ одномъ лицѣ, гражданская мѣтка этого лица (прозваніе, фамилія) — мѣтка всѣхъ подчиненныхъ ему лицъ; его политическое и соціальное положеніе — ихъ положеніе. Связь, данная единствомъ авторитета, наружно выражается сожительствомъ, нахожденіемъ всѣхъ связанныхъ лицъ въ одномъ мѣстѣ, тамъ, гдѣ находится и видимый, топографическій центръ всей массы имущества, какъ совокупности, связанной во-едино тождествомъ принадлежности. Единство авторитета и единство мѣста пребыванія — необходимые моменты семьи (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 12; *Рождественскій*, стр. 37). Тотъ, кто живетъ въ одномъ мѣстѣ съ семьей, но не подчиненъ господствующему въ ней авторитету, или, хотя и подчиненъ, но совсѣмъ на другомъ основаніи, принадлежитъ къ семьѣ какъ составная часть имущества — какъ рабъ, или же какъ слуга, рабочій на семью (закупъ, закладень, наймитъ), тотъ не членъ семьи. Но и тотъ, кто прекратилъ свое сожительство съ остальными членами семьи, членомъ которой онъ былъ, тѣмъ самымъ выбылъ изъ нея, сталъ отдѣленнымъ, сталъ чуждымъ господствующему

въ ней авторитету. Такимъ образомъ, отдѣленность и неотдѣленность, уцѣлѣвшія и теперь въ семейномъ правѣ не какъ старый, ни на что не нужный обломокъ, являются понятіями, необходимо вытекающими изъ понятія семьи. Наконецъ, тотъ, кто вошелъ въ составъ семьи, т. е. вступилъ въ общее съ нею сожительство и подчинился на-равнѣ съ другими господствующему въ ней авторитету, тотъ членъ этой семьи (усыновленный). Кому же принадлежитъ семейный авторитетъ, въ комъ онъ сосредоточивается и олицетворяется? Онъ олицетворенъ въ томъ, кто представляется родоначальникомъ семьи, кто причина физическаго бытія всѣхъ этихъ лицъ. Но такое значеніе, очевидно, принадлежитъ не одному лицу мужескаго или женскаго пола, а парѣ, т. е. за-одно и мужчинѣ и женщинѣ, родоначальнику и родоначальницѣ. Такое значеніе женщины, естественно должно существовать, если только женщина добывается не похищеніемъ, не покупкою, а добровольнымъ вступленіемъ въ бракъ, какъ въ отношеніе равнаго съ равною. И такъ, семейный авторитетъ въ принципѣ сосредоточенъ въ двухъ лицахъ, которые, какъ родоначальники остальныхъ членовъ семьи, по отношенію къ послѣднимъ, представляются равными; но между собою оба эти лица дожны быть приведены въ соотношеніе, которое, по понятнымъ причинамъ, должно разрѣшиться главенствомъ одного изъ нихъ надъ другимъ, т. е. мужчины надъ женщиной. Отсюда, съ другой стороны, оба представителя семейнаго авторитета должны оказаться въ неравномъ положеніи и по отношенію къ остальнымъ членамъ семьи, и въ этомъ, собственно, состоитъ та исключительность положенія матери, которое не знаютъ какъ формулировать (*Кавелинъ*, т. III, стр. 87, 88). Мущина ограничиваетъ женщину, но только ограничиваетъ, а не уничтожаетъ ея авторитета, который тотчасъ выступаетъ неограниченнымъ, заступаетъ авторитетъ мущины, какъ скоро исчезаетъ господствующій представитель семейнаго авто-

ритета. Такая парность семейнаго авторитета можетъ быть нарушена, можетъ не имѣть мѣста въ томъ случаѣ, если пара, стоящая въ главѣ семьи, не представляется парой родоначальниковъ для всѣхъ членовъ послѣдней. Такъ, мущина той пары не есть родоначальникъ—онъ вотчимъ, тогда родоначальница лишь женщина; на-оборотъ, женщина не есть родоначальница, родоначальникъ только мущина. Въ первомъ случаѣ, семейный авторитетъ, неограниченный ничѣмъ, будетъ сосредоточенъ въ лицѣ женщины и при ней вотчимъ; во второмъ случаѣ семейный авторитетъ будетъ исключительно сосредоточенъ въ лицѣ мущины и при немъ мачиха. Въ-частности можетъ быть и такой случай, гдѣ для однихъ членовъ семьи семейный авторитетъ оказывается одноличнымъ, а для другихъ парнымъ; тогда члены семьи будутъ дѣтьми отъ разныхъ матерей и отъ одного отца, или же, отъ разныхъ отцовъ и одной матери. Наконецъ, можетъ быть и четвертый случай, замѣчательный тѣмъ, что здѣсь для разныхъ членовъ семьи авторитетъ сосредоточивается въ разныхъ лицахъ,—тогда будутъ сводныя дѣти. По отношенію къ наслѣдованію такіе случаи предусмотрѣны и опредѣлены въ Русской Правдѣ (ст. LXIII и LXVII) (*Бѣляевъ*, стр. 22—23). Дѣло въ томъ, что коль-скоро исчезаютъ или оба лица, въ которыхъ былъ сосредоточенъ семейный авторитетъ, или одно изъ нихъ, въ которомъ такой авторитетъ былъ общимъ для всѣхъ членовъ семьи, тогда послѣдняя сама собой распадается, въ ней нѣтъ того единства авторитета, которое было прежде, а нѣтъ этого единства, нѣтъ, какъ мы сказали, и семьи. Правда, и послѣ прекращенія такого единства, другой признакъ, входящій въ понятіе семьи — общее сожительство можетъ продолжаться, но семьи все-таки не будетъ. Вмѣсто одной семьи будетъ соединеніе нѣсколькихъ семей, въ главѣ которыхъ будетъ стоять одно лицо, но авторитетъ послѣдняго будетъ держаться не самъ по себѣ, не на такомъ фатальномъ и естественномъ

фактѣ, какъ общее происхожденіе нѣсколькихъ лицъ отъ одного, или отъ одной пары, а на добровольномъ подчиненіи этому авторитету. Общее сожительство здѣсь будетъ не наружнымъ выраженіемъ, не послѣдствіемъ единства авторитета; напротивъ, оно будетъ служить выраженіемъ согласія на общее сожительство тѣхъ, которые живутъ вмѣстѣ, и живутъ пока имъ угодно; авторитетъ здѣсь выборный, опирающійся на добровольное подчиненіе. (Такое соединеніе нѣсколькихъ семей постоянно смѣшиваютъ съ единою семьей. Такое смѣшеніе у *Витте*, стр. 22; А *Поповъ*, стр. 104, и долженъ былъ смѣшать одно съ другимъ, не различая въ своемъ изложеніи понятій семьи и рода. Путаница и у *Губе*, стр. 87, котораго въ неясности представленій о семьѣ совершенно справедливо упрекаетъ Аксаковъ. Потому то, что сказано у Губе на стр. 65, относится къ семьѣ, а не къ соединенію, не къ своду семей. *Никольскій*, стр. 117. Но соединеніе семей, сводъ и одну семью, какъ и слѣдовало ожидать, различаетъ г. Сергіевичъ; его слова заслуживаютъ того, чтобы привести ихъ въ подлинникѣ. «И въ настоящее время братья непремѣнно дѣлятся, есть случаи общаго владѣнія братьевъ и не у однихъ только крестьянъ, но и во всѣхъ другихъ слояхъ нашего общества; это общее владѣніе имѣетъ своимъ источникомъ *соглашеніе*, и продолжается, пока есть это соглашеніе». Вѣче и Князь, стр. 45). Такое общее сожительство будетъ наружнымъ выраженіемъ не единаго семейнаго авторитета, и слѣдовательно, единой семьи, а будетъ послѣдствіемъ соединенія нѣсколькихъ семей и семейныхъ авторитетовъ, которые добровольно соединяются, пока хотятъ, подъ главенствомъ одного выборнаго авторитета. Имущество въ такомъ случаѣ не имущество семейное, а имущество нераздѣльное, съобща принадлежащее нѣсколькимъ семьямъ, что далеко не одно и то-же.

Итакъ, юридически семья должна быть опредѣлена, какъ

совокупность лицъ, живущихъ вмѣстѣ и подчиненныхъ одному авторитету, все равно, парному или одноличному, при чемъ авторитетъ такой данъ не соглашеніемъ, не выборомъ, а фатальнымъ фактомъ — происхожденіемъ. Такой авторитетъ не подавляетъ подчиненныхъ; въ русскомъ правѣ это совсѣмъ не то, что potestas и manus римскаго paterfamilias; содержаніе его не идетъ дальше представительства общихъ интересовъ семьи, опеки, надзора и порядка въ жизни семьи. Да онъ и принадлежитъ въ сущности не одному лицу, а парѣ; jus vitæ ac necis не входитъ въ его содержаніе, по-крайней-мѣрѣ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ представляется намъ въ Русской Правдѣ, сформированной подъ очевиднымъ вліяніемъ христіанства и дополнявшейся въ своемъ продолженіи источниками каноническо-византійскаго права. (Впрочемъ, г. *Кавелинъ* думаетъ иначе, III, стр. 85—86, хотя и здѣсь что ни слово, то и противорѣчіе. И вообще интересно, что онъ говоритъ на стр. 84: «дѣти и рабы не различались», а между тѣмъ, «домочадцы не повиновались и домашній бытъ въ ровной мѣрѣ зависитъ отъ всѣхъ членовъ семейнаго союза» (стр. 85). Jus vitæ ac necis готовъ допустить и г. Никольскій, по-крайней-мѣрѣ, для древнѣйшаго времени, судя по тому, что у него сказано на стр. 262, 268. Но срав. *Шульгинъ*, стр. 41).

Связь отдѣльныхъ членовъ семьи и съ стоящимъ во главѣ ея авторитетомъ и чрезъ него между собою представляется не одинаковою по своей крѣпости и по своимъ послѣдствіямъ; въ этомъ отношеніи рѣшающими моментами являются главнымъ образомъ разница половъ и разница въ происхожденіи отъ общаго родоначальника, — послѣдняя, смотря по тому, будетъ ли происхожденіе это непосредственное или посредственное.

Во-первыхъ, что касается до разницы пола, то, естественно, достаточно опредѣлить только особенности лицъ женскаго пола; и притомъ, пока мы скажемъ только о тѣхъ лицахъ жен-

скаго пола, которыя прямо или посредственно происходятъ отъ тѣхъ, въ чьемъ лицѣ сосредоточенъ семейный авторитетъ и принадлежатъ къ семьѣ именно въ силу такого происхожденія. Ниже у насъ будетъ случай представить особыя соображенія относительно тѣхъ женщинъ, которыя попадаютъ въ составъ семьи и оказываются въ немъ, чрезъ бракъ съ мущинами, входящими въ составъ этой семьи. По отношенію къ нимъ интересъ представляетъ только самое вступленіе ихъ въ семью, и затѣмъ интересъ представляетъ тотъ случай, когда семейный авторитетъ оказывается сосредоточеннымъ исключительно въ лицѣ женщины. О томъ и другомъ мы послѣ скажемъ нѣсколько словъ, а теперь опредѣлимъ нѣкоторыя стороны юридическаго положенія женщины, входящей въ составъ семьи по рожденію. Положеніе такой женщины и ея юридическія отношенія опредѣляются прежде всего тою особенностью, что она, рано, или поздно, должна выйдти изъ семьи (*Поповъ*, стр. 104, 105; *Никольскій*, стр. 36, 119; *Шульгинъ*, стр. 46). Женщина выйдетъ изъ подчиненія тому авторитету, подъ который подпала вслѣдствіе своего рожденія, она промѣняетъ его на другой, на авторитетъ мужа, свекра; она выдѣлится изъ той общности имущественныхъ интересовъ, совокупность которыхъ представляется топографически сосредоточенною въ домѣ, гдѣ она родилась и жила въ составѣ лицъ, связанныхъ въ одно цѣлое единствомъ авторитета. Короче, женщина выдѣлится изъ семьи. Такой выдѣлъ, не разрывая, конечно, ея кровныхъ, родственныхъ связей съ родною семьей, все-таки сдѣлаетъ ее чуждою тѣмъ имущественнымъ интересамъ (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 13; *Рождественскій*, стр. 33), которые связаны въ одно цѣлое своею принадлежностью этой семьѣ. Такимъ образомъ, собственно говоря, не столько полъ самъ по себѣ устранялъ сестру при братьяхъ отъ участія въ наслѣдствѣ, сколько фактъ ея выхода изъ семьи, все равно, совершился ли уже этотъ

фактъ; т. е. сестра уже замужняя, или же только онъ предстоитъ еще впереди, какъ нѣчто неотразимое, какъ нѣчто имѣющее совершиться, по крайней мѣрѣ, по общему правилу (*Куницынъ*, стр. 76; *Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 22). Монастырь, или выходъ въ замужество — вотъ два положенія, въ которыя должна попасть женщина. Въ чужой семьѣ, куда она вступитъ путемъ замужества, женщина будетъ нужна, тамъ она займетъ прочное, опредѣленное положеніе; но въ родной семьѣ она — временный гость; все, что нужно для нея, — снабдить ее всѣмъ тѣмъ, что должно быть у невѣсты. Объ этомъ позаботятся прежде всего отецъ и мать, если они живы; ихъ самолюбіе не позволитъ отпустить свою дочь въ чуждую семью въ такомъ видѣ, чтобы ее попрекали тамъ нищетою и бѣдностью. Законъ вполнѣ полагается на такой мотивъ, онъ полагается и въ Русской Правдѣ и въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ. Иное дѣло, когда нѣтъ отца и матери, остались одни братья, на нихъ полагаться не такъ безопасно. Но и тутъ, что остается сдѣлать закону, который не обезпечилъ положенія сестры опредѣленіемъ для нея наслѣдственной доли въ имуществѣ отца, т. е. въ томъ имуществѣ, которое, за смертью отца, должно распасться на нѣсколько массъ въ соотвѣтствіе распаденію самого персонала прежде единой семьи? Остается только напомнить, что братья обязаны выдать сестру сообразно своимъ средствамъ и своему положенію (како си могутъ); вотъ и все, чѣмъ ограничивается законъ. Конечно, въ содержаніе обязанности выдать замужъ входила обязанность воспитать и содержать сестру, т. е. по просту, вспоить и вскормить ее до выхода въ замужество. Уже гораздо позже такая обязанность превращена была въ *указную часть* (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 33, *Бѣляевъ*, стр. 33). При такой количественной неопредѣленности въ размѣрѣ обязанности выдать замужъ и воспитать, ясное дѣло, что санкція этихъ обязанностей дана была исключительно въ

обычаѣ, все равно, какъ эта санкція въ обычаѣ же дана и теперь. Обѣ обязанности тяготѣли какъ юридическая необходимость, отъ которой никто не считалъ возможнымъ уклониться, хотя зайди по нарушенію такой обязанности судебный споръ, врядъ ли онъ могъ бы окончиться успѣшно для женщины. Но такое положеніе женщины, какъ сестры, опредѣлялось для нея невыгодно только въ пользу имѣющихся братьевъ, или вообще въ пользу тѣхъ мущинъ, которые вмѣстѣ съ ней входили въ составъ одной и той-же семьи. Совсѣмъ иное дѣло, когда такихъ лицъ не было; тогда, значитъ, не было и тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ невыгодно опредѣлялось положеніе женщины (*Шульгинъ*, стр. 47). Но тогда, очевидно, продолженіе семьи въ видѣ отдѣльныхъ выдѣлившихся изъ нея семей было невозможно; семью, въ которой были только женщины въ качествѣ подчиненныхъ членовъ, ожидало уничтоженіе. Но при такомъ уничтоженіи какая судьба постигнетъ семейное имущество? Мы знаемъ уже, что подъ видомъ нормы, данной будто бы для бояръ и дружинниковъ, Русская Правда высказала догму, что при неимѣніи мущинъ наслѣдницы — дочери и притомъ безъ различія замужнихъ отъ незамужнихъ. Здѣсь уже, очевидно, въ основаніе наслѣдованія взята лишь одна кровная связь сама по себѣ, независимо отъ тѣхъ моментовъ, которые должны осложнить собою кровную связь для того, чтобы возможна была семья. Вотъ почему, когда дѣло доходитъ до того, что послѣ смерти лица, какъ главы семейства, некому более продолжать его семью, остались однѣ только дочери замужнія, или незамужнія, — законъ не дѣлаетъ различія между тѣми и другими, говоря прямо: «а не будетъ сыновей, а и дочери возьмутъ». Зачѣмъ, спрашивается, дѣлать между ними различіе, когда и тѣ и другія одинаково не могутъ продолжать прежней семьи; въ этомъ отношеніи женщина и для русскаго права можетъ быть характеризована словами римскаго

права, — она caput et finis familiae suae. Разница между замужними и незамужними дочерьми выступаетъ лишь тогда, если есть кому продолжать семью, — тогда первыя внѣ всякихъ отношеній къ своимъ братьямъ; отношеніе вторыхъ разрѣшается въ упомянутыя двѣ обязанности. Иное дѣло — мущина, отдѣленный изъ семьи, въ которой есть кому продолжать ее и, послѣ смерти ея настоящаго главы, продолжать въ видѣ разложенія на отдѣльныя, самостоятельныя семьи. Если мы и не находимъ въ Русской Правдѣ такого положенія, которое подтверждало бы наше мнѣніе на-счетъ значенія выдѣла мущины, то находимъ его въ памятникѣ, ближайшемъ по времени къ Русской Правдѣ, — въ псковской Судной Грамотѣ. Въ извѣстной статьѣ ея, о сынѣ, оставившемъ отца и мать, мы, вопреки гг. Бѣляеву и Дюверпуа, видимъ не одинъ изъ Indignitätsfälle, а тѣмъ больше не случай exheredatio, а просто лишь указаніе на то, что сынъ, выдѣленный разъ — навсегда выдѣленъ; онъ тѣмъ самымъ поставилъ себя внѣ всякаго отношенія къ имуществу своей семьи, изъ которой онъ выбылъ. Только впослѣдствіи такое значеніе выдѣла измѣнится въ collatio, въ какомъ видѣ оно остается и теперь, хотя сбивчивое и неопредѣленное. Обращаясь за-тѣмъ къ занимающему насъ вопросу, мы можемъ сказать, что положеніе женщины въ семьѣ, въ которой она родилась, опредѣляется такъ: не ей продолжать семью; послѣ смерти главы семьи, продолжать ее будутъ мущины, и при нихъ женщинѣ, если она еще не выдѣлена, не выдана замужъ, *задница не надобе;* ей нужно одно — снабдить ее имущественными средствами при поступленіи въ чужую семью. О чемъ и позаботится отецъ, не будетъ его — братья. Но женщина лишь уступаетъ мущинѣ, а не устраняется безусловно.

§ 14. Другая роль, которая придаетъ особенность положенію женщины въ семьѣ — это роль главы семейства. Роль жены одного изъ подчиненныхъ членовъ семьи пока не требуетъ осо-

беннаго разсмотрѣнія; она будетъ понятна сама собой послѣ того, что сказано будетъ о роли и положеніи жены главы семейства и объ іерархіи въ организаціи семьи. Мы видѣли уже, что жена главы семейства съобща съ нимъ раздѣляетъ семейный авторитетъ, или, если угодно, она сама олицетвореніе семейнаго авторитета; но этотъ авторитетъ ея ограниченный, подчиненный, имѣющій обнаружить свое содержаніе только при спаденіи связывающаго ограниченія. Но мы также выше видѣли и тѣ случаи, когда не для всѣхъ членовъ семьи авторитетъ представляется парнымъ; мы тамъ-же указали, каковы могутъ быть эти случаи и въ чемъ особенности каждаго изъ нихъ. Здѣсь же мы обратимъ вниманіе на тѣ комбинаціи, которыя возникаютъ по отношенію къ наслѣдованію, и возникаютъ смотря по тому, какъ былъ олицетворенъ семейный авторитетъ — парно, или же въ одномъ лицѣ. а) Авторитетъ для всѣхъ подчиненныхъ членовъ семьи — парный; умираетъ мужескій представитель его, остается представитель женскаго пола, положимъ, мать, хотя можетъ быть и бабка. У матери въ такомъ случаѣ оказывается полный, неограниченный *больше*, семейный авторитетъ; семья не разложится, если это не угодно будетъ матери; она станетъ сдерживать въ цѣлости домъ мужа своего, т. е. и прежній персоналъ семьи и прежнюю совокупность имущественныхъ отношеній, связанныхъ во-едино своею принадлежностью этой семьѣ, главой которой прежде былъ мущина, а теперь является женщина. Ст. LXX. «*Не хотѣти ли ей дѣти начнутъ ни на дворѣ, а она начнетъ хотѣти всяко и сидѣти съ дѣтьми то сътворити ей всяку волю ея, а дѣтемъ не дати воли, что ей далъ мужь съ тѣмъ же ей и сидѣти съ дѣтьми или свою часть earлиши ei сѣдѣть же*». И такъ, мы видимъ, что отъ воли матери зависитъ удержать отъ разложенія прежнюю семью, связывая ее во-едино подъ своимъ авторитетомъ, который въ этомъ случаѣ не возникаетъ вновь, но

является откуда-то, какъ deus ex machina, а только разрѣшился отъ тяготѣвшаго надъ нимъ прежде ограниченія. (Такъ мы понимаемъ положеніе матери-вдовы въ противоположность *Куницыну*, стр. 74. У г. Кавелина выходитъ то-же, что и у насъ — мать становится главой, старшею властительницей своихъ дѣтей. Онъ называетъ такое положеніе не юридическимъ, а естественнымъ, очевидно, принимая слова юридическій и римскій какъ синонимы. Какъ будто всякая другая организація семьи, кромѣ римской, въ которой мать считается loco filiæ, уже будетъ не юридическая. Не говоря уже о правѣ германскомъ, мы знаемъ, что даже византійское право, особенно въ эпоху Эклоги и вообще подъ вліяніемъ христіанства, выработало совсѣмъ иное воззрѣніе какъ на семью такъ и на положеніе въ ней матери въ-частности. Смотр. у *Цахаріэ-фонъ-Ленгенталь*, Innere Geschichte, Bd. I, ср. *Гансъ*, Bd. III. Притомъ-же, г. Кавелинъ отчасти самъ противорѣчитъ себѣ, утверждая, будто у насъ существовала лишь власть отца, а не родительская. Оставшись на почвѣ положительныхъ памятниковъ, мы видимъ, что и прежде, какъ и теперь, семейный авторитетъ представляется въ видѣ власти родителей, а не односторонней, всеподавляющей власти отца. *Кавелинъ*, Собр. соч. III, стр. 88—89. Такая-же сбивчивость и у *Витте*, стр. 38. Мать и не опекунша, какъ думаетъ *Поповъ*, стр. 99, примѣч. 8. Правильно у г. *Бѣляева*, стр. 42, 46. См. также *Губе*, стр. 68—69; *Никольскій*, стр. 316, 373; *Шульгинъ*, стр. 74). Ея положеніе нисколько не измѣнится и отъ того, если она выйдетъ замужъ, но только не сходя со двора, не выходя изъ дому своего прежняго мужа (*Бѣляевъ*, стр. 42). Выйдетъ, или нѣтъ она замужъ, но если хочетъ удержать за собой авторитетъ и слѣдовательно сдержать отъ распаденія семью, то должна оставаться въ нераздѣлѣ, не должна брать, выдѣлять себѣ изъ семейнаго имущества той части, которую возложилъ на нее

мужъ, или которая слѣдовала ей по другому основанію. (Ср. *Бѣляевъ*, стр. 41). Но такой авторитетъ матери и съ нимъ власть удержать отъ распаденія прежнюю семью есть право матери, отъ котораго она можетъ отказаться; отказъ выразится въ томъ, что она допуститъ раздѣлъ дѣтей-сыновей. Въ нашихъ юридическихъ памятникахъ подобные раздѣлы представляются такъ, будто мать выдѣляетъ своихъ дѣтей. При такомъ раздѣлѣ она можетъ взять слѣдующую ей часть и затѣмъ вольна устроиться, какъ ей угодно, можетъ остаться на дворѣ своего мужа, въ домѣ, можетъ выбрать одного изъ сыновей и поселиться у него въ домѣ, можетъ даже выбрать и дочь. Нѣкоторыя особенности представляетъ положеніе матери-вдовы въ томъ случаѣ, если послѣ умершаго ея мужа въ составѣ семья не окажется мущинъ; тогда, какъ мы знаемъ, семьѣ грозитъ неминуемое разрушеніе, наступленіе котораго можетъ быть задержано остающейся въ живыхъ вдовой на все время ея жизни, если только она захочетъ оставаться въ прежнемъ дворѣ, домѣ. Послѣ смерти ея, семейное имущество или раздробится между дочерьми, или станетъ выморочнымъ. Но, оставаясь при дѣтяхъ, мать остается полною хозяйкой, т. е. распорядительницей семейнаго имущества, все равно, возрастные дѣти или нѣтъ; (право жить въ домѣ съ дѣтьми возрастными не значитъ только имѣть уголъ, какъ думаетъ г. *Никольскій*, стр. 316. См. *Бѣляевъ*, стр. 42, 51. — *Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 22, видитъ въ такомъ правѣ матери право на содержаніе. Иначе смотритъ г. *Шульгинъ*, хотя то, что сказано на стр. 41, не ладитъ съ сказаннымъ на стр. 74). Нѣтъ сыновей, т. е. вообще мущинъ, въ такомъ случаѣ ни дочери замужнія, ни каждая изъ выходящихъ замужъ ничего не могутъ сдѣлать, не могутъ дробить семейное имущество, которое до смерти матери останется нераздѣленнымъ, связаннымъ въ одно цѣлое властью матери, — все это на основаніи той-же LXX статьи. Какъ

назвать такое положеніе матери-вдовы по отношенію къ имуществу, которое должно разложиться послѣ ея смерти? Назвать его пожизненнымъ владѣніемъ и пользованіемъ едва-ли можно; содержаніе правъ, вытекающихъ изъ такого положенія, не подходитъ подъ формулу права пользованія, какъ мы понимаемъ его теперь (*Кавелинъ*, Собр. соч. III, стр. 89); хотя впослѣдствіи изъ него и выросло право пожизненнаго владѣнія и пользованія вдовы (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 35. Впрочемъ, у г. Никольскаго выходитъ такъ, будто уже въ Русской Правдѣ въ пользу вдовы установлено право пожизненнаго пользованія; но Русская Правда прямо говоритъ, что вдова — госпожа своей части, и сидѣти ей вольно на дворѣ. *Никольскій*, стр. 373—74. См. стр. 355, гдѣ опредѣленіе положенія вдовы приписывается вліянію христіанско-византійскихъ идей; а также и стр. 253, 316. Впрочемъ, онъ готовъ допустить и скандинавское вліяніе, стр. 202. И то и другое вліяніе отрицаетъ г. Бѣляевъ, стр. 43, 46—47. «Что не одно иностранное вліяніе сообщило у насъ женщинамъ права законнаго наслѣдованія, это всего лучше доказывается послѣдующею исторіею нашего законодательства» — *Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 22). Юридическое значеніе положенія вдовы и ея права по отношенію къ семьѣ и къ семейному имуществу опредѣляются тѣмъ, что она — представитель семейнаго авторитета и, слѣдовательно, на время жизни своей оказывается въ такомъ-же положеніи, какъ и отецъ. Большая опредѣленность будетъ внесена въ это положеніе позднѣе, главнымъ образомъ подъ вліяніемъ помѣстной системы. Замѣтимъ, между прочимъ, что отрицаніе существованія какихъ-то особенныхъ порядковъ наслѣдованія послѣ смердовъ и бояръ для насъ устраняетъ недоразумѣніе по вопросу о томъ, каково положеніе вдовы боярина или смерда. По нашему воззрѣнію, положеніе ея во всѣхъ случаяхъ опредѣляется ст. LXX. b) Второй случай, когда семейный авторитетъ не парный — для всѣхъ

ли подчиненныхъ членовъ семьи, или хотя для нѣкоторыхъ. Отецъ — одинаково отецъ для всѣхъ, но мать или мачиха для всѣхъ, или для однихъ — мать, для другихъ — мачиха. Въ составѣ семьи въ такомъ разѣ необходимо появляется двойственность по отношенію къ мачихѣ: для однихъ дѣтей — она представитель семейнаго авторитета, для другихъ — у нея такого авторитета нѣтъ. При жизни отца такой двойственности нѣтъ возможности обнаружиться; и тѣ и другія дѣти одинаково связаны во-едино авторитетомъ отца. Но по смерти его двойственность тотчасъ выступаетъ; пасынки оказываются внѣ всякаго авторитета, надъ ихъ единокровными братьями и сестрами авторитетъ существуетъ въ лицѣ матери. Но и для пасынковъ этотъ авторитетъ выкажетъ свою силу въ томъ смыслѣ, что мачиха вообще можетъ удержать отъ раздѣла семейное имущество; она остается сидѣть во дворѣ, не выдѣляя слѣдующей ей части, и тогда пасынкамъ прійдется волей-неволей подчиниться такому рѣшенію своей мачихи. Все, что они могутъ сдѣлать — это потребовать, чтобы имъ было выдѣлено то, что было внесено въ составъ семейнаго имущества ихъ матерью, какъ приданое; но вопросъ еще въ томъ, когда можетъ быть заявлено и осуществлено такое требованіе? Ст. LXIV этого вопроса не рѣшаетъ, и потому ничто не мѣшаетъ допустить, что такое требованіе могло быть заявлено только при раздѣлѣ всего семейнаго имущества, каковой раздѣлъ наступитъ или по смерти матери-мачихи, или и раньше, если ей это будетъ угодно. И за-тѣмъ, конечно, допустивши раздѣлъ при своей жизни, мачиха имѣетъ право, взявши ту часть, которую возложилъ на нее мужъ, устроиться, какъ ей угодно. Положеніе мачихи будетъ совсѣмъ иное въ томъ случаѣ, если у нея нѣтъ собственныхъ дѣтей, т. е., нѣтъ лицъ, надъ которыми могъ бы оказаться у нея семейный авторитетъ, оказывающій описанное сей-часъ вліяніе и для пасынковъ по отношенію къ семейному имуществу. Удержать цѣлость

семейнаго имущества для нея нѣтъ возможности, такъ-какъ ст. LXX рѣшительно не подходитъ къ такому случаю. Тогда что ей остается? Взять свою часть, которой она госпожа, и устроиться по своему усмотрѣнію; до такой части нѣтъ никакого дѣла ея пасынкамъ. Но оставаться во дворѣ, когда это не угодно ея пасынкамъ, она не можетъ; они не обязаны терпѣть ея волю: вѣдь они не дѣти ея, она не мать имъ. (Намъ кажется неправильнымъ изложеніе у *Попова*, стр. 109). Въ-частности, далѣе, можетъ случиться и такая комбинація: отъ первой жены были лишь однѣ дочери, отъ второй — сыновья; на-оборотъ, отъ первой сыновья, отъ второй дочери, или такъ: только отъ первой жены были дѣти, но и то однѣ дочери. Въ первомъ случаѣ дочери остаются при братьяхъ въ такомъ-же положеніи, какъ-бы эти братья были имъ родные; одно развѣ, что можетъ имѣть здѣсь мѣсто, это — требованіе дочерьми той части, которая внесена была въ составъ семейнаго имущества приданымъ ихъ матери. Во второмъ случаѣ положеніе дочерей тоже не представляетъ ничего особеннаго. Наконецъ, въ послѣднемъ случаѣ положеніе мачихи, естественно, должно быть то-же, что и при однихъ пасынкахъ, безъ собственныхъ дѣтей; она не можетъ помѣшать тому разрушенію семьи, которое должно наступить неотразимо. с) Дальнѣйшая комбинація представится въ томъ случаѣ, когда семейный авторитетъ тоже не парный для всѣхъ членовъ семьи, или хоть для нѣкоторыхъ, но непарность въ томъ, что оказываются мать и вотчимъ. Мать, оставаясь на дворѣ своего перваго мужа, выходитъ за-мужъ, т. е. принимаетъ мужа на дворъ, на которомъ дѣти обязаны чинить ей всякую волю. Вотчимъ, естественное дѣло, лицо, совершенно постороннее остальнымъ дѣтямъ; для нихъ онъ не представляетъ никакого авторитета, онъ терпимъ въ домѣ, потому что на это воля матери; но коль-скоро матери не станетъ, или она измѣнитъ свою волю, тогда принятый мужъ можетъ уби-

ратся, куда ему угодно. Онъ могъ, далѣе, поступить на дворъ не только самъ, но и съ своими дѣтьми. Но и въ такомъ случаѣ между сводными дѣтьми не завяжется другаго отношенія, кромѣ фактическаго сожительства: въ одномъ дворѣ, домѣ, нѣсколько лицъ, между которыми не существуетъ никакой связи и которыя разойдутся тотчасъ, какъ-только прекратится поводъ ихъ общаго сожительства. Таковы главнѣйшія комбинаціи, въ которыя такъ или иначе можетъ разрѣшиться семейный авторитетъ матери, когда съ него спадетъ ограниченіе и онъ выступитъ въ своей силѣ, ничѣмъ болѣе не связанный. Мы замѣтили уже, что авторитетъ матери прекращается или смертью, или ея отказомъ. Но можетъ быть еще одинъ способъ прекращенія — выходъ вдовы въ замужество, соединенный съ выходомъ изъ дому, со двора перваго мужа. Самъ по себѣ выходъ въ замужество не имѣетъ никакаго вліянія; но иное дѣло, когда мать удаляется со двора, изъ дому своего перваго мужа, и поступаетъ въ домъ новаго мужа (*Куницынъ*, стр. 75 — 76, 81, 85). Какъ быть съ ея прежнею семьей, предполагая, что въ этой семьѣ остались члены? Вопросъ о семейномъ авторитетѣ матери не имѣетъ болѣе мѣста; этотъ авторитетъ прекращается. Вмѣсто этого возникаетъ вопросъ объ опекѣ (*Бѣляевъ*, стр. 42). Нужна эта опека, или нѣтъ? Если нужна, то кто же опекунъ? Нарядъ опеки совершается, какъ видно, съ-вѣдома общины; людіе *удостовѣряютъ* и констатируютъ составъ имущества, которое принадлежало семьѣ, нынѣ задержанной отъ распаденія только благодаря малолѣтству участниковъ въ этомъ имуществѣ. Сами эти участники не могутъ оставаться въ своемъ дворѣ, домѣ, они должны идти въ чужой домъ. На время малолѣтства имущество ихъ должно быть пріурочено къ другому центру, къ другой семьѣ, не сливаясь, конечно, въ одну массу съ этимъ чужимъ имуществомъ. Куда же должны поступить малыя дѣти и куда должно быть пріурочено ихъ имущество?

Этотъ вопросъ рѣшается прежде всего поведеніемъ матери, — если угодно, она можетъ взять дѣтей въ домъ своего втораго мужа. Такимъ образомъ и дѣти и ихъ имущество на-время поступаютъ подъ господство авторитета ихъ вотчима. Если же мать броситъ дѣтей въ ихъ домѣ, броситъ ихъ потому ли, что не захочетъ брать съ собой, или потому, что это не ея дѣти, а пасынки, тогда опека наряжается въ лицѣ кого-нибудь ближняго къ нимъ, но на чемъ основана эта близость, опять въ Русской Правдѣ не видно (по-крайней-мѣрѣ, ни относительно опеки вотчима, ни относительно опеки ближняго не видно того, что думаетъ видѣть *Поповъ*, стр. 100, и *Бѣляевъ*, стр. 46). Но если мать остается въ прежнемъ дворѣ, ея положеніе по отношенію къ дѣтямъ не есть положеніе опекунши; для этого, положеніе ея 1) безсрочно, не ограничено возрастомъ дѣтей; 2) оно не ограничено и по содержанію вытекающихъ изъ него правъ (*всяко волю чинити*). Выдетъ она за-мужъ, или нѣтъ, — это все равно, лишь бы не оставляла двора. Иное дѣло, если мать-вдова дала обѣтъ не выходить за-мужъ, и не сдержала своего обѣта; въ такомъ разѣ выходъ въ замужество прекращаетъ ея авторитетъ, хоть-бы она и не желала выходить со двора своего перваго мужа. Какъ наказаніе за нарушеніе такого обѣта, законъ возлагаетъ на нее отвѣтственность за тѣ растраты, которыя сдѣланы ею во время пребыванія въ домѣ своего перваго мужа (Куницынъ неправильно, намъ кажется, понимаетъ дѣло такъ, будто мать-вдова отвѣчаетъ за растраты и не выходя за мужъ, стр. 70, 72). Статья говоритъ прямо: «аже ворчется» (на что не обращаютъ обыкновенно вниманія, напр. *Поповъ*, стр. 109, и *Бѣляевъ*, стр. 13), выставляя такой обѣтъ, какъ особенность, которая видоизмѣняетъ положеніе матери по отношенію къ дѣтямъ. Въ этомъ нельзя не видѣть вліянія византійскаго права, которое неблагопріятно смотрѣло на повтореніе браковъ, и если по закону

Русской Правды неблагопріятныя послѣдствія втораго брака наступаютъ лишь для вдовы и притомъ только подъ условіемъ нарушенія прямо даннаго обѣта пребывать во вдовствѣ, то Псковская Судная Грамота идетъ въ этомъ направленіи дальше. Она совершенно приравниваетъ вдовца и вдову и для наступленія неблагопріятныхъ послѣдствій не требуетъ особеннаго условія—нарушенія прямо выраженнаго обѣта. Ко времени Псковской Судной Грамоты глубже проникъ въ жизнь афоризмъ градскаго закона, который говоритъ: «всѣхъ купно поругаетъ вторымъ бракомъ» (*Дюверну*а, стр. 319). Впослѣдствіи, когда положеніе вдовы, по отношенію къ имуществу своихъ дѣтей, разрѣшилось въ право пожизненнаго владѣнія и пользованія,—выходъ въ замужество самъ по себѣ сталъ обстоятельствомъ, прекращающимъ такое пожизненное владѣніе и пользованіе. —Намъ необходимо было опредѣлить тѣ особенности, въ которыхъ выражалось положеніе въ семьѣ женщины, на-сколько такое положеніе сказывается и въ наслѣдованіи. Мы выдѣлили это положеніе, разсмотрѣли главныя черты его въ отдѣльности, предполагая извѣстнымъ составъ семьи. Все за-тѣмъ, что будетъ сказано о составѣ семьи, одинаково примѣняется ко всѣмъ членамъ семьи, на-сколько примѣненіе это не устраняется вполнѣ или отчасти тѣми особенностями положенія женщины, которыя мы только-что старались опредѣлить, на-сколько для насъ это нужно. Переходимъ теперь къ вопросу о томъ, каковъ же именно составъ семьи, изъ кого она слагается и какъ слагается.

§ 15. Семья, какъ первичная форма человѣческой общественности, слагается нарожденіемъ (*Кавелинъ*, Собр. соч. III, стр. 81—82). Она совокупность лицъ, народившихся непосредственно или посредственно отъ одной брачной пары, предполагая, что въ данномъ обществѣ господствуетъ начало моногаміи. Главное же условіе господства моногаміи — такой бытъ, гдѣ нѣтъ при-

чинъ, разрушающихъ равночисленность мущинъ и женщинъ въ пользу послѣднихъ. Начало моногаміи существуетъ и у насъ въ эпоху Русской Правды; законъ, правда, знаетъ наложничество, но наложницей можетъ быть только раба. Свободная женщина наложницей не бываетъ; попавши въ наложницы, она тѣмъ самымъ утратила бы свою свободу, стала бы рабой, напр., *по ключу*. Наложничество, далѣе, не то, что конкубинатъ; одно вмѣсто другаго подставлять не полагается (нельзя играть понятіемъ конкубината такъ, какъ это дѣлаетъ г. Кавелинъ. Собр. соч. III, стр. 89). Незаконныя дѣти, какъ дѣти рабы, не входятъ въ составъ персонала семьи; они рабы и становятся свободными только по отпуску ихъ на свободу тѣми лицами, которыя будутъ наслѣдниками ихъ натуральнаго отца. И такъ, въ составѣ семьи прежде всего представляются двѣ части: одни члены ея персонала составляютъ народившую брачную пару; другіе члены — лица, народившіяся отъ этой пары. Лица первой категоріи представляютъ собой олицетвореніе семейнаго авторитета, лица второй категоріи подчинены этому авторитету. Но такая раздвоенность состава представляется только внутри семьи; снаружи семья представляется цѣлымъ, компактнымъ, соединеннымъ въ лицѣ того изъ членовъ, которому по преимуществу принадлежитъ авторитетъ въ семьѣ. Такимъ лицомъ можетъ быть, какъ мы знаемъ, и мущина и женщина. Связь между обѣими половинами построена прежде всего на рожденіи. Усыновленіе — это imitatio naturæ, сколько извѣстно, не было въ употребленіи у нашихъ предковъ, хотя оно было извѣстно, какъ это прямо свидѣтельствуетъ извѣстный актъ усыновленія вдовою Федосьей Тимошки. Этотъ въ высшей степени любопытный документъ, къ сожалѣнію, мало обратилъ на себя вниманія нашихъ историковъ права; иначе, онъ одинъ способенъ сдѣлать гораздо осторожнѣе мнѣніе, будто завѣщательное наслѣдованіе извѣстно у насъ спокон вѣку и т. д. Въ самомъ дѣлѣ, желая

установить порядокъ наслѣдованія, уклоняющійся отъ принципа семейной и родовой связи, вдова Федосья прилаживается къ послѣднему принципу; съ благословенія главы церкви, она заимствуетъ этотъ принципъ формой для своей и своего мужа посмертной воли, *усыновляетъ сначала Тимошку* и за-тѣмъ уже дѣлаетъ его наслѣдникомъ, какъ собственное дитя. Свою челобитную къ митрополиту Федосья мотивируетъ тѣмъ, что у нихъ съ мужемъ не остается дѣтей и *что поэтому поминокъ по душь долженъ будетъ залечь.* Интересъ религіозный, душевный взятъ поводомъ, ради котораго дозволяется наслѣдованіе по завѣщанію, т. е. наслѣдованіе, основанное не на юридической необходимости, а на субъективномъ произволѣ. Но при этомъ все-таки соблюдается форма необходимаго, семейнаго наслѣдованія, — будущій наслѣдникъ заранѣе усыновляется, онъ принятъ за дитяти мѣсто тѣми, послѣ кого долженъ будетъ стать наслѣдникомъ, то есть не только самою Федосьей, но и ея мужемъ. Самъ митрополитъ основываетъ свое рѣшеніе не на томъ, что свобода завѣщанія можетъ быть осуществлена Федосьей, какъ ей угодно; нѣтъ, опредѣливши ея положеніе къ имуществу мужа на основаніи одной главизны Номоканона, онъ, за-тѣмъ, на основаніи другой главизны, признаетъ рѣшающимъ то обстоятельство, что Тимошка пріемникъ и, слѣдовательно, находится въ такомъ положеніи, въ которомъ онъ, ни больше, ни меньше, какъ обыкновенный наслѣдникъ по закону, въ силу принципа семейной связи. И если тѣмъ не менѣе вдова Федосья дѣлаетъ завѣщаніе въ пользу Тимошки, то эта духовная, очевидно, ничѣмъ не отличается отъ того завѣщанія, которое бы она сдѣлала, будь Тимошка для нея не пріемнымъ, а натуральнымъ сыномъ. Примемъ въ разсчетъ, что актъ усыновленія Федосьей относится къ началу XV столѣтія (1404); что-же сказать о завѣщательномъ наслѣдованіи Русской Правды? (См. Ак. истор. т. I, 255). Но усыновленіе все-таки — явленіе рѣдкое и исключительное. Если же рожденіе — главная основа

связи, соединяющей во-едино всѣхъ членовъ семьи, то уже отсюда само собой слѣдуетъ, что между лицами, подчиненными одному и тому-же семейному авторитету, должна установиться іерархія, смотря по большей или меньшей близости происхожденія отъ лица или лицъ, въ которыхъ сосредоточенъ семейный авторитетъ. Между лицами подчиненными будутъ старшіе и младшіе члены. Старшіе — непосредственно родившіеся отъ главы семейства; младшими будутъ тѣ, происхожденіе которыхъ отъ главы семейства идетъ не прямо, а чрезъ посредство кого-нибудь изъ старшихъ членовъ. Такимъ образомъ составъ семьи расчленяется на нѣсколько линій; во главѣ каждой линіи стоятъ старшіе члены; они родоначальники линій, которыя представляются лицами, непосредственно отъ нихъ происходящими. Такихъ лицъ, составляющихъ линію, можетъ и не быть, линія дана лишь въ возможности, дана тѣмъ, что существуетъ лицо, которое можетъ образовать линію, народивши нисходящихъ. Слѣдовательно, внутри семья расчленяется на линіи, которыя пока связаны въ одно подчиненіемъ одному и тому-же авторитету и которыя тотчасъ образуютъ отдѣльныя семьи, какъ только перестанетъ существовать связь, соединяющая ихъ въ одну семью. Такой связи не станетъ, когда исчезнетъ лицо или лица, представляющія семейный авторитетъ, который самъ собою принадлежитъ имъ по отношенію къ происходящимъ отъ нихъ лицамъ; она исчезнетъ, далѣе, и въ томъ случаѣ, когда представитель семейнаго авторитета откажется отъ своего господства надъ тою или другою линіей, выдѣлитъ ее, и тѣмъ уничтожитъ наружный моментъ семейной связи — фактъ общаго сожительства въ одномъ домѣ. *А кто разъ выдѣленъ, — навсегда выдѣленъ.* Родоначальникъ каждой линіи, очевидно, представляетъ идущую отъ него линію, и на-оборотъ, въ своемъ единствѣ линія представляетъ собою лицо родоначальника. Потому, не станетъ родоначальника, линія все-таки остается отдѣльною,

обособленною отъ другихъ линій; связь лицъ, составляющихъ эту линію, дана тождествомъ ихъ родоначальника; она представляется имъ, все-равно, существуетъ онъ или нѣтъ. Но если такъ, то *право представленія*, хотя и не высказано нигдѣ, было извѣстно въ ту пору не меньше, чѣмъ и теперь. Оно такъ естественно, просто, что само собой невольно напрашивается въ юридическое сознаніе, какъ-скоро въ данномъ обществѣ отчетливо и ясно сознано и проведено семейное начало, какъ-скоро другой первичной формы общественности, кромѣ семьи, не существуетъ, или, по-крайней-мѣрѣ, другая форма не признана въ положительномъ правѣ этого общества. А это мы и видимъ въ Русской Правдѣ. Такимъ образомъ мы видимъ, что *право представленія*, которое и въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ — одна изъ основныхъ догмъ права наслѣдованія, не придумано и не вычислено, но оно прямо вытекаетъ изъ организаціи семьи, такъ-что дальнѣйшая исторія его будетъ состоять лишь въ томъ, что оно будетъ распространено и на родовую связь, когда послѣдняя будетъ признана основаніемъ наслѣдованія. Тутъ примѣненіе *права представленія* будетъ гораздо затруднительнѣе, и главное затрудненіе произойдетъ отъ смѣшенія пола лицъ съ поломъ линіи. Другаго права представленія, какое мы описали, мы не имѣемъ ни возможности, ни надобности предполагать въ эпоху Русской Правды. Потому мы рѣшительно не понимаемъ, съ чего г. *Попову* вздумалось выразиться такъ: «въ отношеніи къ сестрамъ Русская Правда допускаетъ наслѣдство по праву представленія вмѣсто братьевъ» (*Поповъ*, стр. 109. Это — новое понятіе права представленія, никому неизвѣстное, кромѣ Попова. Мы видѣли, что отношеніе сестеръ къ братьямъ конструируется и помимо введенія какихъ-нибудь небывалыхъ понятій. Ср. *Никольскій*, стр. 347—348). Значеніе ряда могло оказать свою силу и относительно права представленія, т. е. рядъ можетъ опредѣлить величину

наслѣдственныхъ частей нѣсколько иначе противъ того, какъ эта величина опредѣлилась бы правомъ представленія (*Никольскій*, стр. 346—47). Все сказанное до сихъ поръ о правѣ представленія не можетъ имѣть мѣста, или по-крайней-мѣрѣ, право представленія не можетъ выступить съ такою простотой и естественностью тамъ, гдѣ первичною формой признанъ родъ, а не семья; тамъ трудность и запутанность счетовъ, неопредѣленность исходнаго пункта для такого счета,—все это если не сдѣлаетъ невозможнымъ, то во всякомъ случаѣ, какъ мы замѣтили выше, сдѣлаетъ крайне запутаннымъ и сбивчивымъ примѣненіе права представленія, какъ мы и видимъ въ московской практикѣ XVII столѣтія (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 29, 31). Въ составѣ семьи, т. е. правильнѣе, въ составѣ линій, слагающихъ семью, конечно, могутъ оказаться лица обоихъ половъ, но здѣсь положеніе женщины опредѣлено до-того ясно и своеобразно, что не можетъ быть даже повода къ смѣшенію пола лица съ поломъ линіи, что, какъ мы знаемъ, составляетъ камень преткновенія даже для нынѣшнихъ, а не только для практиковъ XVII стол. Далѣе, родоначальникъ каждой линіи, если только такая линія существуетъ въ дѣйствительности, а не въ возможности, представляетъ собой авторитетъ для лицъ, составляющихъ эту линію, но авторитетъ пока не могущій проявиться въ своемъ полномъ объемѣ; онъ самъ подавленъ стоящимъ надъ нимъ авторитетомъ главы семейства, домовладыки. Лица, составляющія каждую линію, подчинены общему семейному авторитету, но подчинены не прямо, а чрезъ своего родоначальника; и когда спадетъ ограниченіе съ авторитета родоначальника линіи, тогда авторитетъ этотъ выступитъ въ полномъ объемѣ своего дѣйствія. Если же нѣтъ такой посредствующей связи между младшими членами семьи и ея главой, тогда всѣ лица, составляющія одну линію, потерявшую своего родоначальника, становятся непосредственно подчиненными главѣ семьи; ихъ отдѣльность, обособленность

отъ другихъ линій дана будетъ отдѣльностью несуществующаго болѣе родоначальника — представителя линіи. Тамъ, гдѣ зайдетъ рѣчь объ ихъ отношеніи къ другимъ членамъ семьи, онѣ представятся какъ одно цѣлое, какъ одно колѣно, представляющее своего родоначальника; на-оборотъ, когда зайдетъ рѣчь о взаимномъ отношеніи отдѣльныхъ линій по смерти главы семейства, то при жизни родоначальника каждой изъ линій, онѣ будутъ представлены каждая въ лицѣ своего родоначальника. Изъ постановленій Русской Правды о наслѣдованіи мы ясно видимъ, что кромѣ семьи она не знаетъ другой формы общежитія, основанной на кровномъ родствѣ; она не знаетъ другой формы, кромѣ совокупности лицъ, связанныхъ въ одно подчиненіемъ одному авторитету, который установленъ для нихъ рожденіемъ, и такое единство наружно выражается въ фактѣ ихъ совмѣстнаго сожительства. Такова іерархія и расчлененіе, которыя существуютъ внутри семьи; онѣ очень просты, не сложны, такъ сказать, естественны; но точно такъ-же просто и естественно опредѣляется составомъ семьи и кругъ лицъ, которыя могутъ стать наслѣдниками. Наслѣдованіе по Русской Правдѣ, какъ мы старались показать, представляется, собственно говоря, ни больше ни меньше, какъ *имущественною стороной разложенія одной семьи на нѣсколько семей*, т. е. на столько, сколько было линій въ разлагающейся нынѣ семьѣ. Отсюда рѣчь о наслѣдованіи, объ открытіи наслѣдства можетъ зайдти лишь тогда, когда умираетъ глава семейства, лицо, олицетворяющее семейный авторитетъ; такъ-какъ только смерть такого лица можетъ повести за собою то распаденіе семьи, которое съ имущественной стороны представляется наслѣдованіемъ. Смерть подчиненнаго члена семьи не можетъ подать повода распаденію семьи и съ нимъ наслѣдованію. Что же отсюда? А то, что о наслѣдованіи восходящихъ послѣ нисходящихъ не можетъ быть и рѣчи; такого наслѣдованія не знаетъ и нынѣ

дѣйствующее законодательство. Въ этомъ вопросѣ русское право отправилось отъ понятія семьи, какъ совокупности лицъ, связанныхъ въ одно общимъ авторитетомъ и фактомъ сожительства. Такая догма устраненія восходящихъ изъ круга лицъ, призываемыхъ къ наслѣдству, прошла чрезъ все историческое развитіе русскаго наслѣдственнаго права и перешла въ наше время, когда понятіе семьи стало абстрактнымъ представленіемъ о кровной связи, основанной на происхожденіи однихъ лицъ отъ другихъ, представленіемъ, которое не восполняется болѣе такимъ конкретнымъ, реальнымъ признакомъ, какъ общее сожительство подъ господствомъ одного авторитета. Опять вышло историческое недоразумѣніе: послѣ смерти лица имущество его можетъ достаться боковому родственнику въ десятой степени, а оставшіеся въ живыхъ отецъ или мать могутъ остаться ровно ни при чемъ, если только не имѣетъ мѣста возвратъ имущества, яко дара. Послѣ смерти человѣка, имущество его можетъ стать выморочнымъ, а отецъ и мать его опять останутся ни при чемъ! Далѣе, намъ теперь понятно, почему по Русской Правдѣ наслѣдники только дѣти, т. е. вообще нисходящіе; это потому, что наслѣдованіе по Русской Правдѣ — только имущественная сторона разложенія семьи. Отсюда опять начало той догмы, что въ наслѣдованіи нисходящихъ линій представитель, родоначальникъ каждой изъ нихъ заступаетъ цѣлую идущую отъ него линію, и только при недостаткѣ лица, представляющаго данную линію, всѣ лица, ее составляющія, являются наслѣдниками ex jure proprio, но размѣръ ихъ участія въ наслѣдованіи по отношенію къ другимъ линіямъ опредѣляется формулой права представленія. Вліяніе ряда на величину такого участія и при формулѣ права представленія мы уже выставили выше. Вотъ и весь кругъ лицъ, которые по Русской Правдѣ могутъ быть призываемы къ наслѣдованію. Понятно, что здѣсь полъ окажетъ вліяніе *какъ полъ лица*, а

не какъ полъ линіи. Положеніе племянницъ при дядяхъ будетъ такое-же, какъ и сестеръ при братьяхъ. Впрочемъ, здѣсь возможно представить себѣ различныя комбинаціи, но мы не считаемъ нужнымъ создавать и разсматривать эти комбинаціи. Мы повторяемъ, что подъ дѣтьми Русская Правда разумѣетъ не только однихъ нисходящихъ первой степени, но и степеней дальнѣйшихъ. До значительной отдаленности дѣло дойдти, конечно, не можетъ, а слѣдовательно, не можетъ быть и особенной запутанности, главнымъ образомъ возможной при смѣшеніи пола лица съ поломъ линіи, потому-что поколѣній въ семьѣ, т. е. градацій въ происхожденіи членовъ семьи отъ ея главы, не можетъ быть много; при второй, и ужь много-много при третьей градаціи, семья навѣрное распадется. Мнѣніе наше не новость; оно категорически, хотя и не вполнѣ ясно, высказано было опять тѣмъ-же г. Поповымъ, который, по нашему мнѣнію, больше другихъ приблизился къ истинному пониманію наслѣдованія Русской Правды. Вотъ его слова: «Отецъ, дѣти, внуки (почему отецъ — это остается неизвѣстнымъ, для насъ наслѣдованіе отца кажется невозможностью) вотъ наслѣдники семейные. Почему же въ Русской Правдѣ не упоминается о внукахъ? Русская Правда нигдѣ прямо не исчисляетъ наслѣдниковъ, а упоминаетъ въ отношеніи къ частнымъ случаямъ; потому, изъ простаго умолчанія о внукахъ нельзя предполагать, чтобы они вовсе исключались изъ наслѣдства. Умолчаніе зависитъ только отъ того, что Правда высказываетъ общее постановленіе при частныхъ случаяхъ, и потому не высказываетъ его вполнѣ. Эта неполнота дополняется общимъ характеромъ Правды и послѣдующими фактами. Отецъ, дѣти и внуки суть неразрывные члены семейства, слѣдовательно, всѣ они должны наслѣдовать. Впослѣдствіи, когда было признано право наслѣдовать всѣмъ родственникамъ, о дѣтяхъ и внукахъ говорится какъ о главныхъ наслѣдникахъ; остальные обозначаются об-

щимъ именемъ родственниковъ и наслѣдство опредѣляется степенью близости родства (*Поповъ*, стр. 112. Ср. его-же, стр. 107—108; *Витте*, стр. 14—15; *Губе*, стр. 69, 87; *Бѣляевъ*, стр. 31; *Никольскій*, стр. 347—48).

§ 15. Система наслѣдованія по Русской Правдѣ, если будемъ понимать ее въ смыслѣ круга лицъ, призываемыхъ къ наслѣдству, и порядокъ ихъ допущенія, представляется параллелью организаціи семьи, существующей внутри семьи іерархіи и расчисленію на линіи. Система эта такъ-же проста и наглядна, какъ проста и наглядна лежащая въ основѣ ея семейная связь; послѣдняя постоянно *напоминается* личностью главы семейства и совмѣстнымъ сожительствомъ въ одномъ домѣ всѣхъ лицъ, составляющихъ семью. Она, эта связь, какъ-разъ такова, что можетъ быть постоянно сознаваема у народа, который не отличается особеннымъ постоянствомъ сидѣнья на одномъ мѣстѣ, прочною осѣдлостью, и не ведетъ никакихъ воинственныхъ предпріятій, требующихъ сложенія многихъ личныхъ силъ. Это почему такъ? А вотъ почему: родовая связь, въ отличіе отъ семейной, не имѣетъ для себя такихъ постоянныхъ, наглядныхъ *напоминаній*, какъ существованіе лица, въ которомъ завязалась эта связь фактомъ происхожденія отъ него и, за-тѣмъ поддерживается фактомъ сожительства въ одномъ домѣ. Родовая связь сознается только *воспоминаніемъ*, преданіемъ, переходящимъ отъ одного поколѣнія къ другому; и чѣмъ меньше поводовъ для проявленія въ сознаніи такой связи, чѣмъ меньше поводовъ для воспоминанія, тѣмъ скорѣе гаснетъ воспоминаніе объ ней, тѣмъ больше и больше она становится неопредѣленною, смутною, тѣмъ больше она теряетъ характеръ наглядности и точности, а только съ такимъ характеромъ та или другая связь можетъ быть взята основою какихъ-нибудь юридическихъ отношеній. Нужно закрѣплять ее письменными документами,—способъ возможный гораздо позднѣе, когда въ такой или другой формѣ будутъ введены родословныя

книги; когда родъ станетъ генеалогическою схемой. Воспоминаніе сильно лишь тогда, когда оно постоянно подновляется напоминаніемъ. У народа, пока никто не додумался за него до хитрости въ родѣ родословныхъ книгъ, напоминаніемъ родовой связи можетъ быть прежде всего постоянное топографическое сосѣдство родичей; тутъ, между прочимъ, получаетъ огромную важность такой памятникъ прошлаго, какъ *могилы предковъ*. Въ самомъ дѣлѣ, тамъ, гдѣ родовая связь сильна, гдѣ она лежитъ въ основѣ даже политическихъ учрежденій (римская gens), мы видимъ, что могили предковъ играютъ огромную роль: онѣ возводятся на степень священныхъ предметовъ; violatio sepulcri берется подъ охрану римскаго претора (actio de sepulcro violato; извѣстно, сколько спеціальныхъ нормъ для родовыхъ гробницъ дано въ германскомъ правѣ). Могилы предковъ указываютъ на ту связь, которая заложена между родичами гораздо раньше и была тѣмъ тѣснѣе, чѣмъ дальше отодвигаться въ прошлое. Но такое значеніе могилъ имѣетъ мѣсто только при постоянной осѣдлости родичей на одномъ мѣстѣ; тамъ же, гдѣ населеніе бродитъ по поводу ли колонизаціи, или по другимъ побужденіямъ, тамъ съ потомками бродятъ и предки; ихъ могилы разбросаны такъ-же случайно, какъ разбросаны жилища потомковъ. Онѣ не напомнятъ собою ничего, потому что некому напоминать; онѣ забыты, брошены, запаханы, поросли ковылемъ и травой. Вотъ первое обстоятельство, постоянно напоминающее родовую связь и въ-частности ведущее къ возникновенію такого памятника и залога этой связи, какъ могилы предковъ. Его не было у нашихъ предковъ, постоянно кочевавшихъ съ мѣста на мѣсто, кочевавшихъ, правда, не такъ хронически, какъ это дѣлаютъ скотоводы и звѣроловы, но все же кочевавшихъ. Втораго обстоятельства, способнаго вести къ тѣмъ-же послѣдствіямъ, мы также не найдемъ въ жизни древне-русскаго общества. Такимъ обстоятельствомъ, какъ мы замѣтили уже, представляются болѣе или не-

вѣе обширныя предпріятія, конечно, военныя. Постоянное хищничество, враждебное отношеніе къ сосѣдямъ, естественно смыкаетъ людей въ группы, а основаніемъ такого сложенія группъ, далеко выходящихъ за границы семьи, будетъ кровное родство. Воинственное племя, и питаясь, должно держаться сплоченнымъ; его собственный интересъ въ томъ, чтобы возможно дальше раскидывалась сѣть родовой связи, захватывая возможно большее число лицъ. Его подвиги и удачи — поводы общаго торжества, на которомъ сознаніе родовой связи подогрѣвается и закрѣпляется новымъ узломъ; его несчастія и неудачи — общее бѣдствіе, простирающееся на всѣхъ, — вотъ опять узелъ связи. Что ни новый непріятель, что ни новое предпріятіе, то новый поводъ для родичей — вспомнить свою родовую связь, вспомнить своихъ славныхъ предковъ, ихъ доблести, торжества и несчастья. Такая-то воинственная жизнь была причиной, которая развила и поддержала родовой бытъ, напр. у римлянъ и германцевъ: типъ его сдѣлался яснымъ и отчетливымъ въ народномъ сознаніи. Но такого воинственнаго характера никогда не носила жизнь русскаго народа. Посмотрите на эту жизнь даже въ тѣ времена, которыя описаны, напр., у Прокопія, что вы тамъ увидите? Отдѣльныя семьи, живущія въ разбросанныхъ, разобщенныхъ между собою мазанкахъ, и больше ничего. Очевидно, далѣе, что родовая связь можетъ явиться началомъ, опредѣляющимъ типъ быта только въ послѣднемъ случаѣ, т. е. тогда, когда она сознается по преимуществу вслѣдствіе общности военныхъ предпріятій. Только въ такомъ разѣ родовая связь выразится въ какихъ-нибудь положительныхъ учрежденіяхъ, тутъ необходима *организація*, выстроенная *цѣлесообразно*, и во главѣ рода будетъ стоять или старшій въ родѣ, или болѣе доблестный выборный. Тутъ, далѣе, появленіе рѣзко разграниченныхъ знатностью предковъ классовъ совершенно нормально и естественно. Отношеніе семьи къ роду можетъ быть

не одинаково, смотря по различію подробностей во внутренней организаціи рода. Но во всякомъ случаѣ родъ представляется уже не такою первичною, натуральною (spontanée) формою общественности, какъ семья; нѣтъ, въ родѣ въ большей или меньшей степени примѣшивается *цѣлесообразность*, Planmässigkeit организаціи; такъ-что родовая связь сама по себѣ является прежде всего лишь основой организаціи, но къ этой основѣ пристаетъ еще другой моментъ. Ничего подобнаго мы не видимъ въ русской исторіи, по-крайней-мѣрѣ, въ разсматриваемую здѣсь эпоху; мы не видимъ въ ней тѣхъ причинъ, которыя могли бы заложить и объяснить родовой бытъ, уложить родъ въ опредѣленную форму общественности, такъ, чтобы потомъ эта форма могла быть перенесена готовою, вполнѣ сложившеюся въ государственный бытъ. Филологическія соображенія по поводу слова «родъ», никакъ не замѣняютъ собою отсутствія *учрежденій* рода; что же касается до терминологіи разговорнаго языка, обозначающей родственную связь, то едва-ли и изъ нея можно вывести рѣшительныя догадки въ пользу того, будто родственная связь сознавалась и до сихъ поръ сознается какъ связь родовая, отъ которой недалеко до патріархальности, какъ утверждаютъ, составляющей исключительную славянскую добродѣтель. Такая терминологія лежитъ «просто въ нравственномъ бытѣ крестьянина, въ тѣснотѣ и ограниченности его круга понятій. Онъ — общественный ребенокъ, и вотъ почему только, и ни отъ чего болѣе, у него до сихъ поръ всѣ — дяди и братцы, другихъ выраженій онъ не знаетъ, какъ и всякій ребенокъ. Это просто языкъ крестьянина — дѣтскій, бѣдный и ограниченный, какъ выраженіе его бѣдной и ограниченной жизни, его дѣтскаго отношенія къ обществу и другимъ классамъ, а вовсе не остатокъ родоваго быта, существовавшаго за столько вѣковъ назадъ» (*Жуковскій*, Сборн. «Весна», стр. 259). Выраженія лѣтописи, въ родѣ: «они (поляне) жили кождо съ своимъ родомъ и на своихъ мѣстахъ,

владѣюще колждо родомъ своимъ», «и по нихъ братьи (т. е. послѣ смерти Кія, Щека и Хорива) почаша держати родъ ихъ княженье въ поляхъ», «вста родъ на родъ» и т. д.; всѣ эти и подобныя выраженія объясняются очень просто и легко помимо всякихъ соображеній о родовомъ бытѣ» *(Сергіевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 44—50). Единственныя отношенія, въ которыхъ несомнѣненъ типъ рода, это — отношенія князей Рюрикова дома. Но, во-первыхъ, мы должны принять въ разсчетъ то особенное положеніе, въ которое сразу поставилъ себя княжескій домъ, домъ пришлый, не связанный ничѣмъ съ туземнымъ мѣстнымъ населеніемъ. Для князей обособленность и чрезъ нее родство постоянно были ясны въ сознаніи. Во-вторыхъ, въ этихъ отношеніяхъ мы не должны упускать изъ виду ихъ государственную сторону, — мы не держимся того мнѣнія, которое считаетъ начало русскаго государства чуть не съ Петра Великаго. Если такъ, то всякія заключенія о родовомъ бытѣ, дѣлаемыя изъ отношеній княжескаго дома, должны быть крайне осторожны и не идти далѣе этихъ отношеній. На-оборотъ, тѣ видоизмѣненія, которыя внутри княжескаго дома испытываетъ родовое начало, уже въ первыхъ поколѣніяхъ этого рода, должны быть приписаны не чему другому, какъ тому обстоятельству, что, подъ вліяніемъ общаго строя русской жизни, отношенія князей Рюрикова дома не могли сохранить во всей чистотѣ природу родоваго начала, постоянно путались и затемнялись. Посмотрите, въ самомъ дѣлѣ, какъ путаются сами князья въ своихъ родовыхъ счетахъ, какъ они и сами не знаютъ, гдѣ поставить начальный пунктъ этихъ счетовъ. Объ отправленіи въ такихъ счетахъ отъ Рюрика скоро нѣтъ и помину: начальнымъ пунктомъ берется то Владиміръ святой, то Ярославъ, то Владиміръ Мономахъ, то Олегъ Черниговскій и т. д., пока наконецъ не одерживаетъ окончательнаго перевѣса семейное начало. Андрей Боголюбскій чуть-ли не первый понялъ всю негодность родоваго начала. Что родовые счеты князей были ихъ

собственнымъ дѣломъ, не были популярны и, слѣдовательно, не были даже понятны народу, это мы видимъ изъ того, что народъ не поддерживаетъ родовыхъ правъ князей; *свое право призванія* князей народъ осуществляетъ, приставая къ тому или другому изъ князей не изъ-за его преимуществъ, основанныхъ на родѣ, а изъ-за его личныхъ качествъ, или изъ-за его принадлежности къ популярной семьѣ. Въ этомъ отношеніи, какъ и въ другихъ случаяхъ, народъ гораздо прогрессивнѣе, его дѣятельность гораздо благотворнѣе для сложенія государственнаго порядка, чѣмъ всѣ хлопоты и возня Владиміра Мономаха, который свои семейные интересы не прочь поставить подъ охрану формъ родоваго старшинства, но самъ-же не считаетъ нужнымъ держаться постановленій созваннаго и устроеннаго имъ съѣзда князей. Внѣ княжескаго дома мы не находимъ никакихъ признаковъ родоваго быта, по-крайней-мѣрѣ въ ту пору, къ которой относится Русская Правда; мы не находимъ даже никакихъ указаній и на то, чтобы къ этому времени остались какіе-нибудь слѣды надломаннаго, разбитаго родоваго быта (*Никольскій*, стр. 339, 371, 376). Вотъ почему мы не можемъ признать за постановленіями Русской Правды о наслѣдованіи того характера, какой видятъ въ нихъ поборники родоваго быта, не можемъ признать, будто постановленія эти представляютъ собою реакцію противъ только-что разбитаго родоваго быта. Къ такому заключенію приводитъ насъ и то обстоятельство, что, какъ мы видѣли уже, первоначальное русское наслѣдованіе не знаетъ завѣщанія, какъ тестамента. На потребность въ такомъ предсмертномъ актѣ скорѣе способенъ натолкнуть родовой бытъ: полной завѣщательной свободѣ здѣсь предшествуетъ свобода выбора наслѣдникомъ одного изъ родичей; на этомъ, какъ извѣстно, остановилась свобода завѣщанія относительно родовыхъ имуществъ и въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ. Притомъ-же, въ родовомъ бытѣ наслѣдственныя претензіи опредѣляются совсѣмъ иначе: наслѣд-

никомъ долженъ быть не тотъ, кто ближе по родству къ умершему, какъ его нисходящій, — нѣтъ, наслѣдникомъ долженъ быть тотъ, кто ближе по родству къ тому лицу, въ которомъ съ умершимъ они встрѣчаются какъ въ своемъ общемъ предкѣ. Умершій оставилъ послѣ себя сына, брата и дядю, — кто изъ нихъ наслѣдникъ? Дядя, потому что изъ всѣхъ этихъ лицъ онъ наиболѣе близокъ къ тому лицу, въ которомъ всѣ они встрѣчаются съ умершимъ, какъ въ своемъ предкѣ, т. е. къ дѣду умершаго. Значитъ, по родовому началу, порядокъ наслѣдованія, какъ порядокъ призыва лицъ къ наслѣдству, опредѣляется какъ-разъ обратно близости родства, если опредѣлять эту близость исходя не отъ общаго предка, а отъ умершаго (*Поповъ*, стр. 117). Родной и двоюродный братья должны быть уравнены, — вѣдь они оба въ одинаковомъ разстояніи съ умершимъ отъ общаго предка, т. е. отъ дѣда умершаго и т. д. — Очевидно, что тамъ, гдѣ родовая связь перестала быть жизненнымъ началомъ, осталась только какъ историческая основа заложеннаго на ней порядка, тамъ опять свобода завѣщанія является необходимымъ коррективомъ, охраняющимъ не только семейное начало, но и вообще близость родства къ умершему отъ претензій, основанныхъ на родовыхъ счетахъ. Какъ мы видѣли уже, до извѣстной степени такую цѣль преслѣдовалъ между прочимъ римскій законъ XII таблицъ, установившій безусловную свободу завѣщанія. Но и безъ того, родовое начало обыкновенно нарушается въ своей чистотѣ, — оно подмѣшивается семейнымъ началомъ въ томъ смыслѣ, что порядокъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, опредѣляется близостью ихъ родства непосредственно съ умершимъ, а не съ предкомъ, отъ котораго одинаково происходятъ и призываемый и покойный. Въ Русской Правдѣ мы находимъ, что кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдству, опредѣляется единственно и исключительно системою нисходящихъ (*Дювернуа*, стр. 328); нѣтъ ихъ, начинается выморочность имущества; оно

ничье и поступаетъ къ князю. Такъ оно и должно быть, если примемъ въ разсчетъ вотъ что:

§ 16. При той компактности и однородности состава, какую семья представляетъ снаружи въ томъ смыслѣ, что она состоитъ только изъ лицъ, по своему происхожденію (natura aut jure) прямо идущихъ отъ лица или лицъ, стоящихъ въ главѣ семейства, естественно, само собою напрашивалось въ сознаніе то воззрѣніе, что каждый изъ членовъ семьи, въ-особенности, каждый изъ членовъ-продолжателей ея, т. е. мущинъ, потому именно, что онъ членъ, имѣетъ участіе въ имуществѣ, принадлежащемъ его семьѣ. Юридически, какъ мы знаемъ уже, такая принадлежность можетъ быть формулирована такъ, что при ней участіе въ имуществѣ каждаго изъ членовъ семьи останется въ тѣни, не войдетъ въ содержаніе юридической формулы. Такъ поступило, какъ мы знаемъ, римское право, которое пріурочиваетъ семейное имущество не къ семьѣ, а къ стоящему надъ ней paterfamilias, такъ-что участіе остальныхъ членовъ familia осталось лишь на степени нравственнаго воззрѣнія. На это въ римскомъ правѣ было много причинъ и основаній, и между ними то обстоятельство, что римская семья была приведена въ соотношеніе съ другими коллективными единицами политическаго устройства, прежде всего съ gens и чрезъ нея съ трибой. Но у насъ ничего подобнаго не существовало. Семья осталась на степени своего чисто натуральнаго значенія, внѣ всякаго отношенія къ политическому строю государства. Послѣднее значеніе, да и то — отчасти, она получила гораздо позднѣе, въ періодъ обязательной службы служилаго сословія и связанной съ этою службой помѣстной системы. Но и здѣсь что-же оказывается? Изъ массы недвижимыхъ имуществъ выдѣляются извѣстныя составныя части; онѣ ставятся особнякомъ, какъ вотчины пожалованныя, родовыя, выслуженныя, купленныя изъ помѣстій, приданыя, — всѣ такія вотчины носятъ на себѣ явный характеръ семей-

наго имущества Къ нимъ присоединяются впослѣдствіи помѣстья, когда послѣднія стали наслѣдственными независимо отъ оклада наслѣдниковъ, дѣтей прежняго помѣщика. Такъ-что и законъ 1714 года не совсѣмъ былъ безъ всякихъ антецедентовъ въ предшествовавшей исторіи. Какъ бы то ни было, но въ Русской Правдѣ господствуетъ понятіе семейнаго имущества; оно остается въ одной массѣ, въ цѣлости до тѣхъ поръ, пока остается связь лицъ, составляющихъ персоналѣ семьи. Но какъ-скоро прекращается эта связь, какъ-скоро составныя части семьи, т. е. линіи, распадаются на отдѣльныя семьи, тогда такому же распаденію подпадаетъ и семейное имущество, оно разлагается на нѣсколько новыхъ семейныхъ имуществъ. Разница лишь въ томъ, что въ однихъ случаяхъ такое распаденіе семьи и съ нимъ распаденіе семейнаго имущества все-таки является продолженіемъ прежней семьи и прежняго семейнаго имущества; въ другихъ же случаяхъ такое распаденіе будетъ разрушеніемъ той и другаго (Ср. *Куницынъ*, стр. 89 и 86, 74; *Witte*, стр. 35). Мы видѣли уже, что такому распаденію въ тѣхъ и другихъ случаяхъ можетъ помѣшать одно обстоятельство — существованіе семейнаго авторитета въ лицѣ матери. Если такъ, то для насъ еще понятнѣе теперь, въ чемъ должна состоять сущность семейнаго начала въ примѣненіи къ наслѣдованію. При дѣйствіи этого начала, возведеннаго на степень юридической необходимости, наслѣдникъ опираетъ свое право, свое jus successionis не на свою близость родства съ умершимъ, — въ данномъ случаѣ такой опоры у него можетъ и не быть, а на свою принадлежность къ семьѣ, въ главѣ которой стоялъ умершій, и значитъ, на свое участіе въ томъ имуществѣ, которое принадлежало этой семьѣ. Его участіе въ наслѣдованіи есть только метаморфоза его прежняго участія въ этомъ имуществѣ въ то время, когда оно было одною цѣлостью, однимъ семейнымъ имуществомъ, а онъ былъ членомъ семьи. И что сказать, когда

оказывается, что подобное воззрѣніе прорывается почти чрезъ шесть столѣтій. Такъ, не дѣлая другихъ выдержекъ, послушаемъ, напр., что сказано въ соображеніяхъ указа 1805 г. (Полн. собр. зак. № 21687): «предоставленіемъ вдовѣ части того, что мужу ея могло принадлежать, доказывается, *что и при жизни самого вотчинника, сынъ его на слѣдующую ему часть по наслѣдству право имѣетъ, которое за смертью обращается уже на его потомство»*. Вотъ гдѣ начало права вдовыневѣстки на указную часть изъ имущества своего свекра. Семейное имущество должно распредѣлиться между составными частями прежней семьи, т. е. между линіями, при чемъ, какъ мы знаемъ уже, или каждая линія представляется живымъ родоначальникомъ, или такого родоначальника нѣтъ; такъ-что послѣ распаденія прежней семьи некому сдержать въ одной семьѣ всѣхъ лицъ, принадлежащихъ къ данной линіи. Такъ будетъ въ томъ разѣ, если нѣтъ родоначальника линіи, исчезнувшаго ко времени распаденія семьи, въ составъ которой входила эта линія. Таково единственное начало, которое въ Русской Правдѣ опредѣляетъ наслѣдованіе; въ этомъ можно убѣдиться изъ юридическихъ памятниковъ послѣ нея (*Куницынъ*, стр. 69—81; *Witte*, стр. 40, 43). Мы уже видѣли, на-сколько съ этимъ началомъ соглашенъ субъективный произволъ главы семейства; мы видѣли, что такой субъективный произволъ не могъ устранять дѣйствіе семейнаго начала, онъ могъ только замыкать это дѣйствіе въ тѣ или другія количественныя отношенія. Семейное начало, какъ начало юридической необходимости, ограничила далѣе церковь, подчинивши его заботамъ о поминкѣ души, ограничила его мотивами и соображеніями религіознаго интереса. Мы сказали, что при всемъ томъ въ постановленіяхъ Русской Правды о наслѣдованіи заключены зерна для свободнаго завѣщательнаго наслѣдованія. Правда, на первыхъ порахъ субъективный произволъ былъ освященъ только изъ за его спе-

ціальнаго содержанія, только подъ условіемъ, что въ этомъ содержаніи онъ не выходитъ за тѣ рамки, которыя поставлены для него въ самомъ законѣ, отразившемъ тогдашнее на этотъ счетъ воззрѣніе, сознававшееся, какъ юридическая необходимость. Но такое освященіе, признаніе субъективнаго произвола важно и само по себѣ, независимо отъ содержанія въ его заявленіи. Впослѣдствіи, подъ вліяніемъ церкви (*Бѣляевъ*, стр. 20, 21), субъективный произволъ получитъ значеніе, какъ послѣдняя воля умирающаго, хотя-бы въ данномъ случаѣ содержаніе этой воли было совсѣмъ не то, какое первоначально предполагалось юридическою нормою, освятившею субъективный произволъ, какъ рядъ отца съ своей семьей. Но ни въ періодъ Русской Правды, ни позднѣе, семейное начало не было парализовано субъективнымъ произволомъ; оно стояло прочно, недосягаемо для субъективнаго произвола. Умирающій даетъ рядъ своимъ дѣтямъ и своей женѣ, чинитъ имъ раздѣлъ и больше ничего.

§ 17. Но если на ряду съ семейнымъ началомъ, какъ принципомъ юридической необходимости, въ Русской Правдѣ заброшены основы завѣщательнаго наслѣдованія, то съ другой стороны тамъ-же заброшены основы и другаго начала—родоваго. Родовое начало начинаетъ дѣйствовать тотчасъ, какъ-только допущеніе къ наслѣдованію выходитъ за предѣлы семьи и распространяется на лица, связанныя съ умершимъ единствомъ общаго предка. Такъ-что, слѣдовательно, наслѣдованіе боковыхъ только и можетъ держаться на родовомъ началѣ. Правда, родовое начало, какъ мы замѣтили уже, обыкновенно видоизмѣняется тѣмъ, что оно опредѣляетъ собой лишь *кругъ лицъ, могущихъ быть призванными къ наслѣдованію*, но *самый порядокъ этого призыва, постепенность и преемственность допущенія къ наслѣдству* создается и опредѣляется близостью родства къ умершему, — начало, уже сильно отклоняющееся отъ типа начала родоваго и скорѣе приближающееся къ началу се-

мейному. Въ такомъ видѣ намъ представляется порядокъ призыва къ наслѣдованію римскихъ агнатовъ — боковыхъ родственниковъ. Въ чистомъ видѣ и полномъ примѣненіи родовое начало дѣйствовало бы тогда, если-бы оно было опредѣляющимъ не только кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, но и самую преемственность и постепенность допущенія. Но въ такомъ видѣ родовое начало и у насъ никогда не выступало. Чѣмъ же данъ поводъ развиться и возникнуть родому началу, если оно не признано въ первомъ русскомъ юридическомъ памятникѣ? Такой поводъ, такой исходный моментъ, по нашему мнѣнію, данъ тѣмъ обстоятельствомъ, что въ періодъ Русской Правды и позднѣе, какъ это можемъ наблюдать даже въ Псковской Судной Грамотѣ, распаденіе семьи, вслѣдствіе смерти главы ея, обыкновенно не влекло за собой реальнаго раздѣла семейнаго имущества. И по смерти главы семейства, линіи, составлявшія прежде одну семью, какъ ея составныя части, обыкновенно не расходились фактически, не разселялись по отдѣльнымъ топографическимъ центрамъ, по отдѣльнымъ дворамъ, домамъ, но по-прежнему оставались въ одномъ дворѣ, въ одномъ домѣ. Мы уже знаемъ, что такое фактическое сожительство не было выраженіемъ какой-нибудь независящей отъ него юридической связи; оно было простымъ фактомъ, который весь держался единственно на договорномъ началѣ, т. е. на согласіи нѣсколькихъ семей продолжать такой фактъ болѣе или менѣе продолжительное время. Такое совмѣстное сожительство, представляющее собой снаружи группу многихъ лицъ, какъ одно цѣлое, какъ совокупность, въ сущности было только соединеніемъ, *сводомъ* нѣсколькихъ семей, связанныхъ между собой добровольнымъ общимъ сожительствомъ и такою-же добровольной нераздѣленностью нѣсколькихъ семейныхъ имуществъ. Потому въ каждой изъ такихъ сводныхъ семей организація и вообще взаимныя отношенія составляющихъ ея членовъ представляются и вообще

должны представляться такъ, какъ и въ томъ случаѣ, если-бы эта семья жила совершенно особнякомъ, внѣ всякаго соединенія, свода съ другими семьями. Но со стороны, этотъ сводъ, соединеніе нѣсколькихъ семей представляетъ сходство съ семьей тѣмъ болѣе, что и въ такомъ соединеніи кому-нибудь одному поручается блюденіе общихъ интересовъ; при чемъ во избѣжаніе столкновеній и недоразумѣній выборъ скорѣе всего можетъ пасть на старшаго по лѣтамъ. Но вотъ опять случайное сходство съ однимъ изъ признаковъ того лица, которое стоитъ во главѣ семьи, какъ представитель семейнаго авторитета. И понятно теперь, почему у поборниковъ родоваго быта такой сводъ нѣсколькихъ семей никогда не можетъ быть различенъ отъ семьи (Сравн., напр., *Поповъ*, стр. 104; *Никольскій*, стр. 339, 341). Въ составъ такого свода нѣсколькихъ семей войдутъ ставшія теперь самостоятельными семьями отдѣльныя линіи, каждая во главѣ со своимъ собственнымъ родоначальникомъ. Въ составъ, далѣе, могутъ войдти и такія лица, которыя еще не пустили отъ себя линій, могутъ стать родоначальниками лишь впослѣдствіи; а съ другой стороны, могутъ войдти лица, которыя по отношенію къ прежней семьѣ составляютъ линіи, не имѣющія для себя родоначальниковъ; всѣ они составятъ самостоятельныя части, самостоятельныя семьи въ такомъ соединеніи семей. Представимъ же теперь, что умираетъ кто-нибудь изъ лицъ, не подчиненныхъ семейному авторитету, умираетъ, не оставляя послѣ себя никого изъ такихъ лицъ, которыя могли бы быть наслѣдниками въ силу семейнаго начала; что станется съ тою долей участія, которое принадлежало ему въ общей массѣ имущества? Выбываетъ одинъ изъ участниковъ въ общемъ имуществѣ и заступить его некому; участіе его по этому погашается,—вотъ первое воззрѣніе, которое представляется само собою. Но предъ такимъ воззрѣніемъ, естественно, должно отступить право князя на выморочное имущество,—физически, наглядно по-

добнаго имущества не существуетъ въ отдѣльности, оно было лишь идеальною долей. Во-вторыхъ, мы не даромъ указали на сходство между семьей и соединеніемъ нѣсколькихъ семей; это сходство, правда, наружное, но оно вело къ тому, что соединеніе нѣсколькихъ семей *могло быть принято за одну семью*. А отсюда вотъ что: если погашеніе, о которомъ мы сейчасъ сказали, дѣлая невозможнымъ наступленіе выморочности, этимъ самымъ шло въ-прокъ другимъ семьямъ, то именно потому, что при одинаковости размѣровъ и состава общаго имущества, участниковъ въ немъ становилось меньше. Между тѣмъ это общее имущество нѣсколькихъ семей легко отождествлялось съ прежнимъ семейнымъ имуществомъ, изъ котораго оно образовалось, т. е. стало нераздѣленнымъ имуществомъ нѣсколькихъ семей. Такимъ образомъ, если погашеніе права одного изъ участниковъ въ общемъ имуществѣ и шло въ-прокъ другимъ, то дѣло представлялось такъ, будто такое *приращеніе* имѣло мѣсто потому, что погашеніе касалось участія въ общемъ семейномъ имуществѣ, т. е. погашенное участіе существовало относительно такого имущества, которое когда-то было семейнымъ. Смерть одного изъ членовъ прежней семьи до извѣстной степени представлялась повтореніемъ тѣхъ-же отношеній, которыя когда-то имѣли мѣсто при смерти главы прежней семьи, предка нынѣ соединенныхъ семей; словомъ, дѣло представлялось такъ, какъ-будто шла рѣчь не объ имуществѣ умершаго, а объ имуществѣ прежняго главы, т. е. объ имуществѣ, которое когда-то было единымъ семейнымъ. Лица, которымъ пойдетъ въ-прокъ сказанное погашеніе, представляются нисходящими, дѣтьми того лица, которое когда-то было главой семьи. И вотъ съ другой стороны помѣха наступить выморочности. А между тѣмъ, на чемъ бы ни основывали боковые родственники свое право воспользоваться угасшимъ участіемъ въ общемъ имуществѣ одного изъ нихъ; во всякомъ случаѣ ясно было видно, что бли-

жайшимъ поводомъ къ этому была смерть этого родственника. Сообразивши все это, мы волей - неволей должны согласиться, что предъ нами оказывается готовый поводъ образоваться тому воззрѣнію, что послѣ смерти такого лица, послѣ котораго наслѣдованіе не можетъ опредѣлиться семейнымъ началомъ, вступаетъ въ свою силу начало родовое. (Ср. *Witte*, стр. 40; *Губе*, стр. 67. Кажется, теперь ясно, что завѣренія г. Никольскаго насчетъ исконности наслѣдованія боковыхъ должны быть принимаемы какъ conclusio a precerio, или какъ petitio principii; *Никольскій*, стр. 373). До тѣхъ поръ, пока было въ обычаѣ не дѣлиться наслѣдствомъ, оставаясь въ нераздѣленномъ состояніи, такое воззрѣніе имѣло для себя какъ-нельзя болѣе реальную основу (*Губе*, стр. 68; *Никольскій*, стр. 339). На этой основѣ оно воспиталось, прошло въ сознаніе, окрѣпло на-столько, что могло потомъ выступить въ жизнь, оторвавшись отъ того повода, который вызвалъ его къ дѣйствительности и долго закрывалъ контрастъ, какой на дѣлѣ существуетъ между этимъ воззрѣніемъ и семейнымъ началомъ. Родовое начало выступило, если можно такъ выразиться, закрытое, завернутое оболочкой, которая сближала его съ началомъ семейнымъ. Выступленіе его тѣмъ больше было кстати, что семейное начало само по себѣ очень часто будетъ открывать доступъ выморочности имущества, т. е. узурпаціи государства, а подобная узурпація не могла пользоваться ни особеннымъ сочувствіемъ общества, ни быть преслѣдуема съ особенною настойчивостью съ стороны государственной власти. Для послѣдней право выморочности, во-первыхъ, для своего осуществленія сплошь и рядомъ встрѣчало непреодолимыя трудности (mutatis mutandis можно привести слова г. Никольскаго: «Невозможно допустить, чтобы князь, безъ всякаго основанія — ибо завоеванія у насъ не было, могъ присвоять себѣ имущество всѣхъ жителей страны, въ томъ случаѣ, когда умиралъ кто - нибудь изъ нихъ безъ сыновей и

дочерей. Каждый, разъ при открытіи такого наслѣдства, ему (князю) приходилось бы завладѣть имуществомъ умершаго если не съ бою, то, по-крайней-мѣрѣ, при помощи насилія, особенно *если въ домъ жило цѣлое родство»*. (*Никольскій*, стр. 349—350); во-вторыхъ, будь преслѣдуемо съ особенною настойчивостью, оно набросило бы на нее тѣнь жадности и притязательности. Но какъ-скоро по тѣмъ или другимъ соображеніямъ для государства оказывается интересъ воспользоваться своимъ правомъ выморочности и воспользоваться какъ можно шире, что оно дѣлаетъ? Сдавливаетъ примѣненіе въ наслѣдованіи родоваго начала, сдавливаетъ его до *смежности съ началомъ семейнымъ*, или по-крайней-мѣрѣ, *до предѣловъ того повода*, который, какъ мы видѣли, впервые вызвалъ къ дѣйствительности родовое начало. Такъ и поступаетъ Иванъ Грозный, когда ему понадобилось примѣнить въ широкихъ размѣрахъ право выморочности относительно княженецкихъ вотчинъ. Если такъ, то понятно, почему родовое начало необходимо, естественно само собою должно было подвергнуться тому видоизмѣненію, о которомъ мы говорили выше; понятно далѣе, почему мы назвали сказанное видоизмѣненіе уклоненіемъ отъ чистой природы родоваго начала, такимъ уклоненіемъ, вслѣдствіе котораго оно сближается съ началомъ семейнымъ (*Поповъ*, стр. 107; *Никольскій*, стр. 267). Такая подмѣсь попала въ природу родоваго начала именно подъ вліяніемъ того повода, который вызвалъ послѣднее къ жизни. Этотъ поводъ, какъ мы видѣли,—общее сожительство боковыхъ родственниковъ, при которомъ родовое начало впервые выступило въ обстановкѣ, сходной съ обстановкой отношеній въ семьѣ. Понятно, почему *близость родства къ умершему, а не къ общему съ нимъ предку*, опредѣлила собой порядокъ призыва лицъ къ наслѣдованію, постепенность допущенія ихъ къ наслѣдству; только при близости перваго рода возможно было общее сожительство боковыхъ

родственниковъ. Разъ появившись въ жизни, родовое начало концепировалось потомъ абстрактно, внѣ той реальной основы, на которой оно родилось и воспиталось; и за-тѣмъ, видоизмѣненное въ указанномъ выше смыслѣ, оно, какъ и всякое другое начало, скоро обнаружило стремленіе къ безграничному примѣненію во всѣхъ случаяхъ, гдѣ не имѣетъ мѣста начало семейное. Въ такомъ видѣ оно и признано впослѣдствіи объективнымъ правомъ, которое у насъ долго, какъ извѣстно, ограничивалось лишь тѣмъ, что, выступивши въ формѣ закона, фиксировало то или другое начало, догму, выработанную въ самой жизни. Но, очевидно, мы договорились до такого вывода, который долженъ показаться съ перваго взгляда просто исторической ересью: у насъ выходитъ, что родовое начало въ наслѣдованіи позднѣе начала семейнаго, а не раньше, какъ это повторяютъ почти всѣ (см. напр., *Лакіеръ*, стр. 154, и примѣч. 84; у него поэтому сбивчиво разсказана система наслѣдованія по Русской Правдѣ на стр. 155 — 159. Сравн. *Witte*, стр. 34; *Поповъ*, стр. 112; *Никольскій*, стр. 262, 267, 341, 371, 373, 376; *Бѣляевъ*, стр. 31; *Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 30; но *Аксаковъ*, О древнемъ бытѣ, собр. сочин. т. I: «родовыя права на наслѣдство были даны у насъ, какъ и у другихъ славянъ, въ позднѣйшемъ времени, и даны правительствомъ. Въ высшей степени интересно на этой-же 106 стр. примѣч. 1). Кругъ лицъ, могущихъ быть призванными къ наслѣдованію въ силу родоваго начала, не ограниченъ никакою степенью родства, — границы для него тамъ, гдѣ оканчивается связь людей по родовому началу, а не ближе. Только внутри этихъ границъ родовое начало, какъ мы видѣли, подмѣшалось постороннимъ элементомъ, который опредѣлилъ порядокъ и преемственность въ призывѣ родственниковъ. Существованіе подобныхъ границъ въ сущности та-же безграничность, которая дѣлаетъ примѣненіе родоваго начала абсурдомъ, когда это примѣненіе идетъ далѣе извѣстныхъ пре-

дѣловъ, гдѣ оно является уже совершенно излишнею уступкой со стороны государства (см. *Mill*, Political Economy; *Zachariae*, Innere Geschichte des Griechisch-römischen Rechts, B. II). Родовое начало, далѣе, изъ семейнаго начала приняло въ себя и ту разницу половъ, на значеніе которой мы указали выше, только при родовомъ началѣ женскій полъ для лица качество фатальное, тѣмъ больше, что разница здѣсь переносится *съ лица на линію*. Въ самомъ дѣлѣ, при семейномъ началѣ если и отдано преимущество мужчинѣ предъ женщиной (*Witte*, стр. 70: «Качественная разница половъ, существовавшая въ древнѣйшемъ правѣ, въ нынѣ дѣйствующемъ сведена на количественную»), все-таки женщина при этомъ не забыта: ея положеніе гарантировано или естественною любовью къ ней отца и матери, которые позаботятся объ ея судьбѣ, или прямо выраженною въ законѣ обязанностью устроить судьбу женщины, обязанностью, возложенною на тѣхъ, кому въ данномъ случаѣ она должна уступить при наслѣдованіи (*Куницынъ*, стр. 77—78, 69; *Губе*, стр. 67—68; *Никольскій*, стр. 344—345. Только такое положеніе женщины не унаслѣдовано семьей изъ родоваго быта; оно прямое послѣдствіе организаціи древней семьи и за-тѣмъ перешло въ ту пору, когда начало дѣйствовать родовое начало. Сравн. такъ-же *Никольскій*, стр. 313). Никакихъ гарантій не оказывается, какъ-скоро начинаетъ дѣйствовать родовое начало: женщина уступаетъ мущинѣ безусловно, безъ всякой лежащей на немъ обязанности.

§ 18. Такимъ образомъ мы видимъ теперь, гдѣ кроется первый поводъ, исходный моментъ возникновенія и примѣненія родоваго начала. Въ-особенности на этомъ исходномъ моментѣ можно наблюдать его въ Псковской Судной Грамотѣ. Здѣсь оно, если можно такъ выразиться, еще колеблется въ своей самостоятельности; оно не разъ выставляется во всей фактической обстановкѣ своего повода, на который мы уже указали выше. Но впослѣдствіи оно достигаетъ такой силы, что разви-

ваетъ изъ себя цѣлый институтъ выкупа, и кто знаетъ, на чемъ бы остановилось развитіе этого института, если-бы на первыхъ же порахъ онъ не былъ замкнутъ въ цѣлую систему затрудненій вмѣшавшеюся въ дѣло законодательною властью. Какъ бы то ни было, но въ эпоху, которую мы разсматриваемъ здѣсь, семейное начало было господствующимъ (*Сергіевичъ*, Вѣче и Князь, стр. 45: «по отношенію къ одному изъ важнѣйшихъ человѣческихъ интересовъ, по отношенію къ собственности, — родъ не оказываетъ ни малѣйшихъ признаковъ бытія; всякая семья разсматривается какъ самостоятельное учрежденіе, внѣ связи съ другими семьями того-же рода»); рядомъ съ нимъ субъективному произволу былъ отведенъ самый тѣсный просторъ. Родовое начало если и выступило впослѣдствіи, то только въ указанной выше оболочкѣ, совершенно закрывавшей его контрастъ съ началомъ семейнымъ. Понятно теперь, почему ни въ Русской Правдѣ, ни долго послѣ нея нѣтъ даже и намека на то, какъ быть въ томъ случаѣ, если послѣ смерти лица ближайшіе наслѣдники въ отсутствіи, хотя правила на подобные случаи даны уже, какъ мы знаемъ, въ договорѣ Олега съ греками. Наслѣдники обыкновенно всегда были тутъ же, въ томъ самомъ домѣ, гдѣ былъ умершій. Но понятно далѣе, почему въ Русской Правдѣ нѣтъ и помину *о принятіи* наслѣдства; принятіе какъ-то вскользь прорывается въ Псковской Судной Грамотѣ и за-тѣмъ надолго опять объ немъ нѣтъ и помину. Точно также понятна важность *выдѣленности* или *невыдѣленности* изъ семьи. Въ особомъ актѣ, который извѣстенъ теперь подъ названіемъ принятія наслѣдства, не было никакой надобности въ то время, когда наслѣдованіе управлялось семейнымъ началомъ, а принадлежность къ семьѣ выражалась фактомъ совмѣстнаго сожительства. Къ чему выражать согласіе на то, что наступаетъ само собой, къ чему осуществлять свое право наслѣдованія (aditio hereditatis — Ausübung по от-

ношенію къ jus successionis, см. напр. *Köppen* или *Tewes)*, когда оно лишь метаморфоза прежняго участія въ семейномъ имуществѣ? Вотъ почему и въ римскомъ правѣ aditio hereditatis не существуетъ для sui. Какъ кстати припоминается тотъ видъ, какой имѣетъ принятіе наслѣдства и въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ,—и теперь принятіе наслѣдства прежде всего — отсутствіе формально выраженнаго отреченія, оно напоминаетъ собой римское *воздержаніе* отъ наслѣдства. Правда, рядомъ съ семейнымъ началомъ скоро выступаетъ въ изучаемую нами эпоху и родовое начало, завернутое въ извѣстную намъ оболочку; но при такой оболочкѣ родовое начало опять не вызывало нужды въ чемъ-нибудь, похожемъ на принятіе наслѣдства. Смерть, какъ выбытіе одного изъ членовъ соединенія, свода семей, если только этотъ членъ былъ таковымъ, что послѣ смерти его могла зайдти рѣчь о наслѣдованіи, а своей семьи у него не было, такое выбытіе, какъ мы видѣли уже, представлялось лишь простымъ погашеніемъ участія въ имуществѣ, составляющемъ общую принадлежность нѣсколькихъ сводныхъ семей. Да наконецъ, если-бы понадобилось выраженное принятіе наслѣдства, то оно всегда могло считаться выраженнымъ фактически въ формѣ gestio pro herede. При томъ, далѣе, необходимость въ принятіи наслѣдства, какъ въ особомъ юридическомъ актѣ со стороны наслѣдника, долго не чувствовалась еще и потому, что къ этому не представлялось повода, такъ-какъ обыкновенно не возникало вопроса о томъ, какъ быть, съ одной стороны, съ долговыми требованіями умершаго, а съ другой стороны — съ его долгами. Это потому такъ, что имущество въ эту пору обыкновенно состояло изъ наличности; Русская Правда, какъ выражается г. Дювернуа, имѣетъ матеріальный взглядъ на наслѣдство (*Дювернуа*, стр. 145, 147—148: «въ понятіи статка или задницы сами собой вовсе не заключаются долги и требованія наслѣдодателя... статокъ именно означаетъ вещи,

имѣніе, которое осталось послѣ умершаго, ничего болѣе». Стр. 328: «весь составъ наслѣдства матеріальный. Правда знаетъ только вещи»). Но даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ смерти даннаго лица возникалъ вопросъ о его долговыхъ требованіяхъ и его долгахъ, въ какомъ видѣ прежде всего долженъ былъ представиться такой вопросъ? Подобно тому, какъ и наличное имущество представлялось принадлежащимъ всей семьѣ, такъ точно долговой активъ и пассивъ имущества, т. е. долговыя требованія и долги, должны были представляться принадлежащими всей семьѣ. Но долговой активъ и пассивъ имѣютъ ту особенность, что то или другое требованіе не можетъ быть безличнымъ,—въ самое его содержаніе входитъ личность кредитора; точно такъ-же и долгъ не можетъ быть безличнымъ, въ его содержаніе входитъ отвѣтственность по нему въ качествѣ должника, отвѣтственность, лежащая на томъ или другомъ лицѣ. Въ этомъ затрудненіе для того, чтобы воззрѣніе на долговыя требованія и долги, какъ на долговой активъ и пассивъ семейнаго имущества, удержалось въ своей чистотѣ, не подмѣшавшись другимъ воззрѣніемъ, по которому долговыя требованія считаются принадлежащими не семьѣ, но тому или другому изъ ея членовъ, какъ своему кредитору, а долги считаются лежащими на отвѣтственности не всей семьи, а лишь на отвѣтственности одного изъ ея членовъ. Отсюда, естественно, сбивчивость и неопредѣленность въ юридическомъ сознаніи насчетъ того, какъ быть съ долговыми требованіями и долгами умершаго, если онъ былъ главою семьи? Спрашивается, чѣмъ же устраняется такая сбивчивость и запутанность? Духовною грамотой. И вотъ новый поводъ, изъ-за котораго въ такомъ употребленіи было составленіе духовныхъ грамотъ. Духовная грамота и въ этомъ отношеніи представляется инвентаремъ, заключающимъ въ себѣ описаніе долговыхъ требованій и долговъ, надѣланныхъ умершимъ во время главенства его въ семьѣ, и,

конечно, въ большей части случаевъ, по поводу управленія семейными дѣлами. Можно пойдти далѣе и сказать, что, по-крайней-мѣрѣ, относительно долговъ, духовная грамота была актомъ, сообщавшимъ этимъ долгамъ *новое самостоятельное основаніе*. Въ самомъ дѣлѣ, въ духовныхъ грамотахъ далеко не всегда указывается поводъ, изъ-за котораго возникъ тотъ или другой долгъ,—опредѣляется лишь его сумма и предметъ. Если такъ, то описаніе долговъ умирающаго, обыкновенно наполняющее наши духовныя грамоты, имѣетъ значеніе не только простой памяти; нѣтъ, оно имѣетъ характеръ обязанности погасить эти долги, обязанности, обыкновенно возлагаемой умирающимъ на своихъ наслѣдниковъ. Вотъ почему мы и сказали, что упоминаніе въ духовной грамотѣ о томъ или другомъ долгѣ сообщаетъ этому долгу новое, самостоятельное значеніе, такъ-что, по-крайней-мѣрѣ по отношенію къ наслѣднику, тутъ происходитъ нѣчто въ родѣ *подновленія* обязательства. Но въ такомъ случаѣ предъ нами открывается новое значеніе духовныхъ грамотъ въ исторіи русскаго права; онѣ, очевидно, были органами, чрезъ которые вырабатывалась и проникала въ жизнь одна изъ основныхъ догмъ наслѣдственнаго права—переходъ на наслѣдника не только долговыхъ требованій, но и долговъ умершаго. Подобная догма сама по себѣ далеко не такъ проста и наглядна, чтобы явиться сразу вполнѣ готовою, концированною въ полномъ объемѣ своего содержанія. Необходимость подобной догмы почувствовалась тотчасъ, какъ-только оживился имущественный оборотъ, какъ-только въ составѣ имущества къ наличности присоединился долговой активъ и пассивъ; потому она и сказывается прежде всего тамъ, гдѣ сказанныя обстоятельства, обусловившія ея появленіе, дѣйствовали съ особенною силой, т. е. въ положительномъ правѣ богатаго и промышленнаго Пскова. Но разъ сознанная въ своей необходимости, догма перехода на наслѣдниковъ долговаго актива и пассива проникла въ юриди-

ческое сознаніе смутно, но потомъ мало-по-малу была выработана и проведена въ жизнь при посредствѣ духовныхъ грамотъ. Безъ такого посредства духовныхъ грамотъ, долги — эти *грѣхи предъ людьми*, за очисткой которыхъ остается только виновность души предъ Богомъ, — едва-ли такъ скоро получили бы такую подвижность, дѣлающую возможнымъ переходъ ихъ съ одного лица на другое. Переходъ долговъ на наслѣдника, безъ особенно возложенной на него обязанности, могъ быть связанъ, пожалуй, съ принятіемъ наслѣдства; но такого принятія, какъ мы видѣли, тогда не существовало; — не было пока ни надобности, ни повода возникнуть и проявиться догмѣ принятія наслѣдства.

§ 19. Другое послѣдствіе преобладающаго господства семейнаго начала въ наслѣдованіи по Русской Правдѣ, какъ мы сказали уже, это значеніе выдѣленности того или другаго изъ членовъ семьи. Мы уже старались показать, что для женщины, по отношенію къ той семьѣ, въ которой она родилась, выходъ въ замужество сопровождался для нея выдѣленностью, и на этомъ обстоятельствѣ мы основали всю ту разницу, какая существовала между замужними и незамужними дочерьми, когда наслѣдниками оказывались мужчины. Теперь скажемъ еще нѣсколько словъ на-счетъ выдѣленности и ея значенія по отношенію къ наслѣдованію. Что такое выдѣлъ? Онъ имѣетъ двѣ стороны: во-первыхъ, выходъ изъ-подъ семейнаго авторитета: въ этомъ отношеніи онъ ни больше, ни меньше, какъ emancipatio; во вторыхъ, выдѣлъ представляется разрѣшеніемъ участія въ семейномъ имуществѣ въ право на часть, физически выдѣленную изъ этого имущества. До извѣстной степени съ такимъ характеромъ выдѣлъ представляется и въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ, при чемъ мы, конечно, должны принять въ разсчетъ, что теперь значеніе семейнаго авторитета сведено на простую pietas, которая не зависитъ отъ того, вмѣстѣ или нѣтъ

живутъ лица, изъ коихъ одни родились отъ другихъ. Со второй его стороны, т. е. имущественной, выдѣлу легко придать значеніе отказа со стороны выдѣляемаго на всякое участіе въ семейномъ имуществѣ по отношенію къ тому времени, когда подобное участіе можетъ разрѣшиться въ самостоятельное jus successionis. Отсюда, выдѣленный разъ — на-всегда выдѣленъ, и слѣдовательно, на - всегда устраненъ отъ участія въ наслѣдованіи, когда наслѣдованіе откроется при смерти главы семейства (*Witte*, стр. 41; *Губе*, стр. 68. И не это мнѣніе deus ex machina, какъ думаетъ г. *Никольскій*, а его собственное мнѣніе — стр. 372: «предположить въ это время различіе въ правахъ дѣтей отдѣленныхъ и неотдѣленныхъ, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые изъ нашихъ ученыхъ (никто другой, какъ самъ *К. Аксаковъ*, О древн. бытѣ славянъ), нѣтъ достаточнаго основанія, ибо и самаго отдѣленія дѣтей въ это время еще не было. *Никольскій*, стр. 315; Ср. *Шульгинъ*, стр. 30; *Рождественскій*, стр. 37). Одно, что можетъ ограничить дѣйствіе выдѣла, какъ отказа, это — непосредственное требованіе справедливости, считать такой отказъ лишь условнымъ, даннымъ на тотъ случай, если въ семьѣ и кромѣ выдѣленнаго останется кто-нибудь, могущій продолжать эту семью. На этомъ основаніи мы склонны думать, что при отсутствіи лицъ мужескаго пола, къ наслѣдованію допускались не только незамужнія женщины, но и замужнія. Редакція ст. LX за насъ; въ ней просто говорится о дочеряхъ (См. *Никольскій*, стр. 350—51). Но кромѣ того, по тому-же самому основанію мы готовы думать, что и выдѣленные мужчины были допускаемы къ наслѣдованію только при недостаткѣ невыдѣленныхъ. Такая связь выдѣла съ наслѣдованіемъ существуетъ, какъ извѣстно, и въ настоящее время; выдѣлъ и теперь совсѣмъ не то, что, напр., дареніе; а съ другой стороны выдѣлъ и теперь, какъ извѣстно, сближенъ съ дачею приданаго. Если выдѣлъ представляетъ со-

бою и такую сторону, изъ-за которой въ немъ легко увидѣть отказъ, то отсюда понятно, что значеніе выдѣла для выдѣленнаго по отношенію къ его наслѣдственнымъ правамъ остается все одно и то-же и въ томъ случаѣ, если-бы выдѣленный не получилъ никакой доли изъ семейнаго имущества; онъ все таки выдѣлился и, слѣдовательно, отказался отъ участія въ будущемъ наслѣдованіи. Въ самомъ дѣлѣ, выдѣлъ, какъ выходъ изъ-подъ господства семейнаго авторитета и выходъ изъ дома, дв ра, занятаго семьей, какъ прекращеніе для выдѣляемаго общаго сожительства съ остальными членами семьи, самымъ фактомъ своего совершенія разрушаетъ наружный признакъ, которымъ выражается принадлежность къ составу, къ персоналу данной семьи. Вотъ почему къ тому времени, когда понятіе семьи будетъ концицировано помимо общаго сожительства членовъ, составляющихъ персоналъ, когда семья станетъ абстрактною формой одного вида родовой связи, и значеніе выдѣла по отношенію къ наслѣдованію измѣнится въ значительной степени; съ нимъ будетъ связано не отреченіе отъ имѣющаго открыться наслѣдованія, а обязанность collatio. Опять вспоминаются аналогіи римскаго права, когда и въ немъ по отношенію къ наслѣдованію измѣнилось понятіе семьи, когда категорія sui стала замѣняться категоріей liberi. Какъ бы то ни было, но значеніе выдѣла, которое мы сейчасъ опредѣлили въ общихъ чертахъ, его связь и отношеніе съ наслѣдованіемъ, понятны сами собой при господствѣ въ наслѣдованіи семейнаго начала. Но тѣмъ больше понятно значеніе другаго факта, который, какъ это можно догадываться напередъ, по наружности своей кажется близко подходящимъ къ выдѣлу, но только кажется таковымъ. Мы разумѣемъ раздѣлъ, расхожденіе семей, живущихъ вмѣстѣ. Или одна изъ нихъ можетъ выйдти изъ такого соединенія, или всѣ онѣ могутъ разойдтись въ разныя стороны, оставивши домъ и дворъ той семьѣ, родоначальникъ

которой младше родоначальников других семей («дворъ всяко меньшему сыну»). Тутъ прекращалось всякое подобіе семьи относительно наслѣдованія, невозможна никакая аналогія семейнаго начала, начинается просторъ самостоятельному примѣненію родоваго начала; въ такомъ видѣ примѣненіе его однакоже не признано въ Русской Правдѣ; если въ эту пору оно и могло оказать свое дѣйствіе, то только въ оболочкѣ начала семейнаго. Значеніе выдѣла для наслѣдованія объясняетъ намъ далѣе и другое явленіе, которое кажется страннымъ, если не принять въ соображеніе этого значенія. Мы говоримъ о лишеніи наслѣдства въ такъ-называемыхъ Indignitätsfälle. Какъ бы ни было сильно вліяніе семейнаго начала, какъ бы далеко ни заходило совпаденіе участія въ наслѣдованіи съ участіемъ въ семейномъ имуществѣ, какъ бы ни съуживалось въ виду всего этого значеніе субъективнаго произвола главы семейства; но, съ одной стороны, то обстоятельство, что семейный авторитетъ, благодаря вліянію церкви, получилъ сакральный характеръ, а съ другой — самое простое требованіе нравственности, — то и другое обстоятельства должны были вызвать необходимость въ опредѣленіи такихъ случаевъ, когда въ наказаніе за свою нравственную негодность тотъ или другой членъ семьи могъ быть лишенъ наслѣдства, т. е. устраненъ отъ участія въ раздѣлѣ семейнаго имущества. И тѣмъ не менѣе подобнаго опредѣленія мы не находимъ не только въ Русской Правдѣ, но и въ позднѣйшемъ законодательствѣ; даже теперь, собственно говоря, существуетъ только одинъ поводъ лишенія наслѣдства при наслѣдованіи по закону — вступленіе въ бракъ безъ согласія родителей. Можно видѣть подобное опредѣленіе въ Псковской Судной Грамотѣ, но можно, какъ мы знаемъ уже, его тамъ и не видѣть. Спрашивается, чѣмъ же объяснить такой пробѣлъ? По нашему мнѣнію, объясненіе возможно лишь одно: оно заключается въ томъ значеніи выдѣла, при которомъ онъ оказывается

въ соотношеніи съ наслѣдованіемъ по закону. Членъ семьи, проявившій свою моральную негодность, строптивость и неповиновеніе семейному авторитету, не исполняющій своихъ обязанностей предъ этимъ авторитетомъ, можетъ быть удаленъ изъ семьи, или можетъ удалиться самъ. Въ томъ и другомъ случаѣ онъ выдѣлялся и, слѣдовательно, отказывался отъ всякаго участія въ будущемъ наслѣдованіи; наружный признакъ принадлежности къ семьѣ — общее сожительство, одинаково разрушался, по какому бы поводу ни происходило такое разрушеніе. Значитъ, въ опредѣленіи случаевъ лишенія наслѣдства не было въ то время надобности, для этого была болѣе широкая формула выдѣла. За-тѣмъ понятно, что отсутствіе такого опредѣленія въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ опять представляется историческимъ недоразумѣніемъ; теперь, когда выдѣлъ самъ по себѣ ведетъ только къ collatio со стороны выдѣленнаго, нѣтъ болѣе такой широкой формулы, которая дѣлала бы не нужнымъ опредѣленіе случаевъ лишенія наслѣдства. Отсутствіе подобнаго опредѣленія если и восполняется теперь чѣмъ-нибудь, то только неограниченною свободой завѣщанія (родовыхъ имуществъ мы не забываемъ), но эта свобода, какъ мы знаемъ уже, тоже историческое недоразумѣніе нынѣ дѣйствующаго законодательства, такъ-что одно историческое недоразумѣніе является корективомъ противъ другаго. Но прежде дѣло представлялось совсѣмъ иначе, — получалъ удаляемый или удалявшійся изъ семьи какую-нибудь часть изъ семейнаго имущества, или онъ ничего не получилъ, это рѣшительно все равно. Его общее сожительство съ своей семьей прекращено, а съ нимъ для него прекращена возможность изъ участника въ семейномъ имуществѣ стать впослѣдствіи участникомъ въ его раздѣлѣ въ то время, когда оно перестанетъ быть однимъ семейнымъ имуществомъ и станетъ общимъ имуществомъ нѣсколькихъ семей.

§ 20. Мы старались по-возможности прослѣдить каждую изъ

тѣхъ догмъ наслѣдованія, которыя были выставлены прямо уже въ древнѣйшемъ памятникѣ русскаго права, съ котораго собственно и должна начинаться положительная исторія послѣдняго, или по-крайней-мѣрѣ скрыты въ немъ въ зародышѣ и развились только впослѣдствіи. Предъ нами теперь довольно ясно возстаетъ та система наслѣдованія, которая слагалась изъ первоначальныхъ догмъ и способна была совершенно послѣдовательно развиваться и напередъ, только съ большими подробностями и видоизмѣненіями. Вглядываясь въ типическія черты этой системы, намъ кажется, въ ней нельзя не узнать ту схему, которая хотя и закрыта различными подробностями и видоизмѣненіями новѣйшаго времени, но все-таки лежитъ въ основѣ и нынѣшней системы наслѣдованія. Намъ остается только удивляться, какимъ образомъ эта схема уцѣлѣла, могла не исчезнуть, или по-крайней-мѣрѣ не надломаться въ своихъ типическихъ чертахъ на такомъ огромномъ разстояніи времени, въ которое не разъ пошатнулись важнѣйшіе институты русскаго гражданскаго права. Но прежде чѣмъ собрать въ одно результаты всего, что нами до сихъ поръ сказано, мы считаемъ не лишнимъ выставить еще нѣкоторыя стороны положенія древней женщины въ семьѣ, на-сколько съ этими сторонами находятся въ связи нѣкоторыя догмы древняго наслѣдованія. По отношенію къ наслѣдованію, тѣмъ, что мы говорили прежде о положеніи женщины какъ дочери и сестры, и положеніи женщины, какъ матери, не исчерпываются всѣ стороны положенія женщины ни по отношенію къ наслѣдованію, ни по отношенію къ іерархіи и организаціи семьи. Для этого мы опять должны вспомнить многое изъ того, что сказано было выше о древне-славянской семьѣ. Мы уже знаемъ, что въ разсматриваемую нами эпоху единицами общественной жизни представляются не отдѣльныя лица, а группы лицъ — семьи, изъ которыхъ опять слагаются вторичныя единицы—общины. Главнымъ узломъ общественности

представляется семья; постановленія объ опекѣ предполагаютъ собою другой терминъ общественности — общину. Но община Русской Правды, о которой нѣтъ возможности судить по общинѣ, волости московскаго царства, выступающая то какъ вервь, то какъ міръ, носитъ на себѣ явныя черты договорнаго элемента (вкладъ въ виры) и топографической смежности сосѣдства (преслѣдованіе татя). Другаго термина, другой формы общественности мы не видимъ, и въ-частности нѣтъ ничего посредствующаго между семьей и общиной; съ одной стороны семья не покрывается ничѣмъ, стоящимъ между нею и общиной, съ другой стороны община не имѣетъ въ себѣ другихъ признаковъ и элементовъ, кромѣ тѣхъ, на которые мы сей-часъ указали; но эти элементы внѣ всякаго отношенія, напр., къ родовымъ связямъ. Какъ на характеръ древне-русской семьи, можно указать на то, что замкнутость, такъ-сказать, самодовольство — ея отличительная черта; и это совершенно въ порядкѣ вещей. Одна семья могла обходиться безъ другой даже со стороны удовлетворенія своихъ экономическихъ потребностей. Единственная статья, которую семья не могла добыть внутри себя и должна была прійдти для этого въ столкновеніе съ другой семьей — это женщина; и за-тѣмъ, далѣе, едиственная статья, которая разъ есть въ семьѣ, ни на что ей не нужна, не можетъ найдти въ ней для себя ни роли, ни назначенія, — это опятъ женщина. Превосходство физической силы и другія особенности сами собою сообщили мужчинѣ характеръ держателя семьи, а положеніе женщины было опредѣлено прежде всего ея физіологическимъ значеніемъ. И такъ, дѣвушкѣ нѣтъ мѣста въ своей семьѣ, — жену нужно добыть изъ чужой семьи — вотъ формула положенія женщины не только въ древнемъ, но и въ современномъ правѣ. Переходъ изъ родной семьи въ чужую былъ для женщины необходимостью, внѣ которой въ христіанскую эпоху оставался только монастырь; туда обыкновенно уда-

ляется древняя русская женщина. Но если переходъ изъ родной семьи въ чужую былъ одинаково необходимъ въ различные періоды древняго русскаго права, то самыя формы его были неодинаковы. Съ большою вѣроятностью можно догадываться, что формы эти измѣнялись три раза. *Умычка*, которая впрочемъ не представляла ничего насильственнаго ни противъ умыкаемой, ни противъ ея семьи (*Кавелинъ*, Собр. соч. III, стр. 157; *Шульгинъ*, стр. 10, 15); первая нисколько не страдала, потому, что ее умыкали съ ея согласія, свѣщавшеся съ ней на игрищѣ (*Шульгинъ*, стр. 17); семьѣ тоже нечего было особенно злиться, потому что ни Богъ-вѣсть какое добро изчезло, предметъ для семьи ни на что не нужный, выбытіе котораго, рано или поздно, было неизбѣжно и желательно. Отецъ умыкаемой тоже умыкалъ, умыкали или будутъ умыкать и ея братья. Лѣтописца, знакомаго уже съ другою, болѣе деликатною формою брака, умычка возмущаетъ не своею насильственностью, а тѣмъ, что она была напоминаніемъ животности, что она носила на себѣ слѣды того до-историческаго быта, когда, по догадкѣ гг. Кавелина и Шульгина, существовала животная періодичность половаго инстинкта, соотвѣтствовавшая временамъ года (*Кавелинъ*, III, стр. 180—181; *Шульгинъ*, стр. 15). Но каковы бы ни были обстановка умычки и ея антецедентъ, какъ бы ни отзывался объ ней лѣтописецъ, очевидно пристрастный къ полянамъ и нерасположенный къ дреговичамъ и древлянамъ, во всякомъ случаѣ за умычкой нужно признать то важное значеніе, что женщина переходила изъ родной семьи въ чужую по своему выбору и согласію, не насильственно и не по принужденію своихъ старшихъ. При всѣхъ своихъ безобразіяхъ, умычка все-таки сослужила службу выработкѣ великаго этическаго принципа семейной жизни — признанію свободы женщины при выборѣ своего суженаго. Въ этомъ отношеніи умычка гораздо дѣйствительнѣе какой бы то ни было морали, какъ-бы настойчиво ее

ни проповѣдывали. Вторая форма — это продажа невѣсты ея семьей; но въ этой продажѣ, если допустить ее съ г. Кавелинымъ (Собр. соч. III, стр. 162—163, 165—166, 170—171) и въ противность г. Шульгину, нужно видѣть не столько торговую сдѣлку, а скорѣе способъ выраженія согласія семьи на выбытіе выращенной ею женщины въ чужую семью. И мы готовы думать, что эта вторая форма не столько замѣнила первую, сколько существовала съ ней одновременно, примѣняясь вмѣсто первой въ тѣхъ случаяхъ, когда она представлялась удобнѣе и успѣшнѣе, смотря по обстоятельствамъ даннаго случая. Одно изъ такихъ обстоятельствъ — давнее сосѣдство и продолжительныя сношенія между семьями жениха и невѣсты. Цѣна, выплачиваемая за невѣсту ея семьѣ, скорѣе имѣла номинальное, символическое значеніе, а не значеніе дѣйствительной платы за купленный товаръ; она скорѣе была подаркомъ, выражавшимъ благорасположеніе и благодарность. Третья форма — выдача дѣвушки съ приданымъ (*Кавелинъ*, Взглядъ, стр. 13), при которой продажа оставила свой слѣдъ въ принесеніи подарковъ семьѣ невѣсты; только въ такомъ видѣ намъ извѣстна продажа изъ народныхъ пѣсень и свадебныхъ обрядовъ. Отношеніе третьей формы къ двумъ предыдущимъ опять не представляетъ строгой преемственности во времени; нѣтъ, она могла возникнуть хотя и позднѣе первой и второй формы, но все-таки — при существованіи той и другой, примѣняясь одновременно съ умычкой и продажей. Но самая идея приданаго есть уже признакъ измѣнившагося положенія отдѣльныхъ семей по отношенію другъ къ другу (*Кавелинъ*, III, стр. 177—78. Разумѣется, гдѣ у г. Кавелина говорится *роды*, тамъ мы разумѣемъ семьи), и вмѣстѣ съ тѣмъ признакъ инаго воззрѣнія на женщину (*Кавелинъ*, III, стр. 162); она представляется не лишнею фигурой въ своей семьѣ, а членомъ, имѣющимъ извѣстное участіе въ семейномъ имуществѣ и за-тѣмъ право на-

слѣдованія, хотя и ограниченное въ пользу мужщинъ. Въ Русской Правдѣ третья форма предполагается какъ единственная, и дача приданаго возводится на степень юридической обязанности, по-крайней-мѣрѣ по отношенію къ братьямъ. Какъ бы то ни было, но между всѣми тремя формами брака существуетъ извѣстное соотношеніе, которое, очевидно, состоитъ въ слѣдующемъ: умычка выработала согласіе самой невѣсты па бракъ, продажа пополнила это согласіе необходимостью согласія родной семьи, конечно въ лицѣ ея авторитета, а форма выдачи съ приданымъ придала санкцію этому второму согласію (*Кавелинъ*, III, стр. 171, 177—78). При большемъ и большемъ употребленіи приданаго, естественно, наступило и другое послѣдствіе: семья начала отказываться отъ вознагражденія за свою питомицу, и потому, если продажа невѣсты дѣйствительно существовала съ характеромъ торговой сдѣлки, то теперь женихъ, быть можетъ въ благодарность за доставленное ему чувственное удовольствіе, поворачиваетъ въ пользу своей молодой ту цѣну, которая шла прежде въ вознагражденіе ея семьи (*Шульгинъ*, стр. 25). Отсюда институтъ вѣна, которому, впрочемъ, не посчастливилось въ Россіи, — вѣно осталось на степени чисто добровольнаго даренія со стороны мужа, а потому вѣно Владиміра Святаго и Казиміра, равно какъ и договоръ Ингигерды съ послами Ярослава (*Никольскій*, стр. 200; *Шульгинъ*, 19, 20) — ровно ни при чемъ, когда идетъ рѣчь объ институтахъ чисто-русскаго гражданскаго права. Какъ бы то ни было, исчисленныя три формы несомнѣнно смѣнялись одна другою въ томъ самомъ порядкѣ, въ какомъ онѣ поставлены у насъ, но только смѣнялись, а не замѣнялись, такъ-что въ то время, когда проявлялась и начала примѣняться форма послѣдующая, продолжала существовать и форма предыдущая (*Кавелинъ*, III, стр. 162—63). Согласіе самой женщины на бракъ, конечно, одинаково предполагалось при всѣхъ трехъ формахъ, будучи выработано формой начальною,—

умычкой. Но умычка долгое время была къ услугамъ, еслибы дѣвушкѣ не былъ любъ и милъ тотъ, за кого принуждаютъ ее выйдти. Откуда же, спрашивается, такіе страхи, такое горе и боязнь невѣсты? Они изъ той-же замкнутости семьи, на которую, какъ на характерную черту, мы указали выше. Рыдать было бы нечего, еслибы, выйдя за-мужъ, пришлось жить лишь съ тѣмъ, кто выбранъ на игрищѣ, какъ суженый - ряженый, и выборъ утвержденъ даже согласіемъ семьи, т. е. лицъ, представляющихъ въ ней авторитетъ. Но на дѣлѣ было иначе: выбранный — только членъ чужой семьи, притомъ часто членъ младшій; остальные члены той-же семьи отнесутся къ молодой, какъ къ чужой, и во всякомъ случаѣ обыкновенно члены эти неизвѣстны (*Шульгинъ*, стр. 61). Чужая семья живетъ вдали, быть можетъ недавно поселилась здѣсь, и ничто не ручается за то, что она такъ-же скоро и легко не откочуетъ (*Кавелинъ*, III, стр. 146). Этотъ страхъ и горе молодой, ея почти похоронное прощанье съ своей родной семьей именно указываютъ на то, что отчужденность семей была полная (*Кавелинъ*, III, стр. 157), что родовыхъ связей между семьями не было, что даже общее происхожденіе нѣсколькихъ семей нисколько не ослабляло ихъ взаимной отчужденности, потому что память объ немъ, если она и сохранялась какъ преданіе, была безсильна предъ кочеваньемъ семей съ мѣста на мѣсто, при чемъ мертвые предки располагались такъ-же случайно, какъ и живые потомки. Чего бояться, зачѣмъ рыдать молодой, еслибы, выходя въ замужество, она не рисковала попасть въ кругъ совершенно незнакомыхъ ей людей, оторваться навсегда отъ своей родни и нажитыхъ въ дѣвичествѣ дорогихъ воспоминаній и привязанностей! (*Кавелинъ*, Собр. сочин. III, стр. 148—49).

§ 21. Какое же положеніе занимала женщина, вступивши въ чужую семью? Положеніе ея въ семейной іерархіи естественно опредѣлялось прежде всего положеніемъ того члена, чрезъ посред-

ство и для котораго она вступила въ семью. Или рядомъ съ нимъ она становилась представительницей и олицетвореніемъ семейнаго авторитета, или становилась лицомъ, подчиненнымъ семейному авторитету, становится родоначальницей линіи, которая впослѣдствіи разрѣшится въ отдѣльную, самостоятельную семью. Ея связь съ семьей, въ которую она вступила, существуетъ и крѣпка лишь на-столько, на-сколько существуетъ и крѣпка связь того мужщины, чрезъ котораго она вступила въ эту семью. Потому бездѣтной вдовѣ нѣтъ мѣста въ семьѣ, въ которую она вступила; съ нею у нея нѣтъ никакой связи, ей остается только выйдти, пристроиться иначе, — или вступить въ новую, чужую семью, или возвратиться въ свою родную семью, но и тамъ она не пристанетъ, оттуда она выдѣлена разъ и, значитъ, навсегда выдѣлена. Монастырь, или состояніе изгойства («въ уставѣ «о церковныхъ судѣхъ», приписываемомъ князю Владиміру, вдовицы, наравнѣ съ другими убогими лицами и сиротами, отдаются подъ покровительство церкви, дѣлаются церковными людьми, убогими». *Забѣлинъ*, стр. 20. Русск. В. IX. 1857 г.; *Никольскій*, стр. 253), — вотъ ея судьба внѣ выхода въ новое замужество. Иное дѣло — вдова съ дѣтьми; для нея порвана одна связь въ лицѣ мужа, за-то существуетъ другая, столь-же крѣпкая — дѣти. Если мужъ ея былъ лицомъ, подчиненнымъ семейному авторитету, смерть его нисколько не измѣняла положенія его вдовы: она остается съ своими дѣтьми въ семьѣ, останется до тѣхъ поръ, пока семья эта не разложится, но тогда она станетъ въ главѣ новой семьи — своихъ дѣтей. По отношенію къ участію въ семейномъ имуществѣ ея дѣти представляются своимъ отцомъ; на томъ-же самомъ основаніи держится и участіе въ этомъ имуществѣ ихъ матери. Когда наступитъ раздѣлъ, то и на долю вдовы выпадетъ извѣстная часть изъ семейнаго имущества, но эта часть для вдовы будетъ разсматриваться какъ имущество

ея мужа, относительно котораго (т. е. имущества) ея положенiе опредѣлится совершенно такъ-же, какъ и въ томъ случаѣ, если-бы она осталась вдовой послѣ главы семейства. Разница лишь въ томъ, что мужъ такой вдовы, какъ лицо, подчиненное въ семьѣ, не могъ учинить ряда, не могъ, слѣдовательно, ничего возложить на нее. Возможность совершить рядъ есть прямое осуществленiе семейнаго авторитета, котораго не было у такого мужа. Опять вспоминается право невѣстки на указную часть изъ имущества свекра, существующее въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ; кромѣ другихъ различiй, особенность его и въ томъ, что такое право невѣстки, какъ извѣстно, можетъ быть осуществлено ею при жизни свекра. Въ томъ случаѣ—далѣе, если по смерти главы семейства, линiи, входившiя прежде въ составъ семьи и теперь ставшiя отдѣльными семьями, все-таки не расходились, продолжали свое совмѣстное сожительство, тогда линiя, оставшаяся безъ родоначальника, но съ родоначальницей, отъ этого не дробилась на отдѣльныя семьи, а сдерживалась въ цѣлости, какъ одна семья, и сдерживалась ни чѣмъ другимъ, какъ главенствомъ матери. Въ соединенiи нѣсколькихъ семей мать, естественно, была главой своей семьи, лицомъ, въ которомъ сосредоточивались представительство и авторитетъ одной изъ соединившихся семей. Далѣе, въ томъ случаѣ, если-бы вдова, оставшаяся съ дѣтьми при жизни главы той семьи, подчиненнымъ членомъ которой былъ ея мужъ, вздумала выйдти замужъ, никто, конечно, не могъ ей помѣшать въ этомъ; но выходя замужъ, она, естественно, не могла взять съ собою дѣтей. Послѣднiя, и по смерти своего отца, все равно оставались подчиненными тому-же авторитету, который ограничивалъ всякiй другой авторитетъ, не только авторитетъ ихъ отца, но и матери. Иное дѣло послѣ смерти главы семьи: вдова, вышедшая еще при жизни его замужъ и оставившая въ прежней семьѣ своихъ дѣтей, теперь могла ихъ взять къ себѣ, или поселить-

ся съ ними, если этому не мѣшаютъ ея отношенія въ семьѣ втораго мужа.

Изъ нашего довольно бѣглаго очертанія главнѣйшихъ сторонъ положенія женщины въ древнерусской семьѣ несомнѣнно и очевидно одно: это — довольно значительная самостоятельность русской женщины (*Кавелинъ*, Собр. соч. III, стр. 87; *Поповъ*, ст. 108. Характеристика положенія женщины, сдѣланная, напр., *Забѣлинымъ*, Русск. Вѣстн. Т. IX. 1857 г. стр. 21, относится къ періоду позднѣйшему. Продажнымъ товаромъ женщина врядъ-ли когда была. *Никольскій*, стр. 313). Случаи, гдѣ она подчинялась тому или другому семейному авторитету, главнымъ образомъ были тѣ-же, что и для мужчины; она была подчинена какъ дочь, какъ невѣстка; но она была самостоятельною какъ мать, если только ея авторитетъ не ограничивался авторитетомъ ея мужа. Ея согласіе промѣнять свою родную семью на чужую было необходимо; единственное положеніе, въ которомъ она разнилась отъ мужчины, это — положеніе жены. Но и въ этомъ положеніи женщина не стиралась до того ничтожества, какое является впослѣдствіи, какъ результатъ иноземныхъ (конечно, не западныхъ) вліяній. Въ какихъ памятникахъ мы имѣемъ свидѣтельство о покупкѣ женщины, какъ и всякаго товара? Въ памятникахъ, относящихся къ татарскимъ областямъ! (*Шульгинъ*, стр. 41). Но если, какъ мы видѣли, согласіе женщины на бракъ было возведено на степень правила еще въ языческій періодъ (то, что говоритъ г. Кавелинъ о принужденіи дѣвушекъ къ замужеству, Т. III, стр. 89, 166—67, очевидно, можетъ быть отнесено къ періоду тереновъ. *Забѣлинъ*, стр. 19; Рус. В. IX, 1857 г.), и за-тѣмъ освящено, а не создано церковью, то уже въ одномъ этомъ достаточная гарантія въ томъ смыслѣ, что отношенія мужа и жены не перейдутъ въ отношеніе собственника къ вещи. Правда, въ нашихъ былинахъ, какъ извѣстно, отношенія мужа къ

женѣ часто изображаются грязными и сальными красками (*Шульгинъ*, стр. 74), но вѣдь и національное происхожденіе этихъ былинъ въ настоящее время сильно заподозрѣно. Княгини— такъ тѣ имѣли даже собственное войско (*Никольскій*, стр. 200 — 201, примѣч. 2). За-то идеалъ матери всегда обрисовывается благоговѣйно-нравственными чертами (*Забѣлинъ*, стр. 6; *Шульгинъ*, стр. 74). Чего-нибудь похожаго на опеку надъ женщиной мы не находимъ и слѣда (Ср. *Кавелинъ*, III, стр. 88, примѣч. 1. Здѣсь опять 1) термины римскій и юридическій приняты за синонимы; 2) римское manus выводится изъ родоваго начала!!! 3) Manus и tutela mulierum смѣшаны, и 4) будто manus—нѣчто болѣе позднее въ римскомъ быту!). Такая относительная самостоятельность русской женщины и ея высокое нравственное положеніе, очевидно, возможно только тамъ, гдѣ первичною, основною формой общественнаго быта является семья, а не родъ. Въ родѣ значеніе отдѣльной личности измѣряется ея физическою силой, ея способностью къ вооруженной защитѣ и нападенію, т. е. какъ-разъ тѣмъ, чего не достаетъ женщинѣ сравнительно съ мужчиной. По-крайней-мѣрѣ такъ должно быть тамъ, гдѣ причина крѣпости родовой связи— военный и вмѣстѣ съ тѣмъ кочевой образъ жизни. Но въ семьѣ значеніе женщины ясно и наглядно: она или родоначальница семьи уже существующей, или же родоначальница семьи будущей. Для семьи женщина дѣйствительно — желанная (конечно, женщина, взятая изъ чужой семьи); безъ нея семья образоваться не можетъ, ею она держится». Но отсюда никакъ не вытекаетъ вотъ какой выводъ: «слѣдовательно» (т. е. если бытъ не былъ родовымъ) «каждая семья смотрѣла бы на женщину, какъ на свою вѣчную, коренную». *Никольскій*, стр. 313. Можно только предложить вопросъ, что станетъ дѣлать съ женщиной та семья, въ которой она родилась и выросла? Вѣдь никто еще не доказалъ, чтобы у нашихъ предковъ по-

ловыя отношенія завязывались между родными братьями и сестрами). Мирный быть, безъ всякихъ признаковъ воинственности (*Бѣляевъ*, стр. 17—18), самъ собою располагаетъ человѣка къ семейной жизни, заставляетъ его дорожить интересами своей семьи, а семейная жизнь, по самому характеру своего устройства, даетъ сильное вліяніе женщинѣ. Далѣе, мы говорили уже, что съ экономической стороны основной типъ нашего быта земледѣльческій, но при этомъ бытѣ сразу устанавливается въ семьѣ такое раздѣленіе труда, при которомъ необходимость въ женщинѣ выдвигается далеко за предѣлы одной лишь физіологической въ ней потребности (потому описаніе угнетеній женщины у г. Кавелина годится для родоваго быта, стр. 89. III. Разсужденіе о физіологическомъ назначеніи женщины и грубомъ пониманіи этого значенія — ibid. стр. 86, 77).

§ 22. Но есть еще одна сторона въ положеніи женщины въ той семьѣ, въ которую она вступила путемъ замужества. Мы говоримъ объ ея имущественномъ положеніи, которое становится нѣсколько своеобразнымъ отъ приданаго. Что станется съ этимъ приданымъ? Судьба его прежде всего опредѣляется, конечно, въ томъ смыслѣ, что оно поступаетъ въ общую массу семейнаго имущества; но поступивши сюда и чрезъ это опредѣлившись въ дальнѣйшей судьбѣ своей относительно тѣхъ, кто далъ его, оно не теряется вполнѣ, но до извѣстной степени сохраняетъ свою обособленность въ общей массѣ семейнаго имущества. Такая обособленность будетъ нужна, она выскажется не разъ, и во всякомъ случаѣ она существуетъ вотъ въ какихъ отношеніяхъ: 1) Приданое поступаетъ въ общую массу семейнаго имущества чрезъ посредство того лица, съ которымъ соединяется бракомъ женщина; такая особенность поступленія не забывается и не теряется, а выскажется, напр., тогда, если дойдетъ дѣло до раздѣла; мужъ женщины, внесшей приданое,

*

возьметъ не только свою часть, но и то, что принесено его женой. Такимъ образомъ, приданое, оставаясь въ составѣ общаго семейнаго имущества, въ то-же время представляется пріуроченнымъ къ той линіи, въ главѣ которой становится принесшая его. 2) Способъ поступленія не забывается, а отсюда: на случай, если-бы прекратилась связь, соединявшая женщину съ чужою семьей, то тѣмъ самымъ прекратится и поглощенность приданаго въ общей массѣ семейнаго имущества. 3) Способъ поступленія не забывается и въ томъ смыслѣ, что въ случаѣ смерти матери, когда у мужа ея были дѣти и отъ нея и отъ другой жены, то, при раздѣлѣ семейнаго имущества, приданое поступаетъ къ тѣмъ дѣтямъ, которыя родились отъ женщины, принесшей данное имущество въ приданое, или по-крайней-мѣрѣ имущество опредѣленной цѣнности. Оно тотчасъ выдѣляется и обособляется изъ массы всего семейнаго имущества, подлежащаго раздѣлу. Дѣйствительно, мы находимъ въ Русской Правдѣ правило, что дѣти разныхъ матерей и одного отца дѣлятъ между собою семейное имущество такъ, что въ массу его не входитъ приданое матери тѣхъ и другихъ. Но до такого раздѣла, т. е. до смерти ихъ общаго отца, приданое различныхъ матерей, естественно, оставалось въ составѣ семейнаго имущества. Вотъ одна причина, почему въ Русской Правдѣ ничего не говорится о части мужа въ имуществѣ жены. Но характеръ приданаго, какъ составной части семейнаго имущества, имѣетъ то значеніе, что совершенно устраняетъ всякія претензіи восходящихъ и боковыхъ родственниковъ жены въ случаѣ ея бездѣтной смерти; въ такомъ случаѣ приданое остается навсегда и окончательно въ составѣ семейнаго имущества той семьи, членомъ которой умерла женщина. Вотъ почему, намъ кажется не совсѣмъ правъ Витте (стр. 37), и вполнѣ правъ г. Никольскій (стр. 354), который говоритъ: «Правда выражаетъ начало, по которому ни мужъ послѣ жены, ни

жена послѣ мужа не наслѣдуютъ. Это положеніе само собой вытекаетъ изъ существа нашего первобытнаго семейства.... все имущество жены поступало вмѣстѣ съ нею въ полное, безотчетное распоряженіе мужа и расходовалось, по его усмотрѣнію, на домашнія потребности. А потому и по смерти жены онъ оставался полнымъ, самовластнымъ его обладателемъ. Вотъ почему Русская Правда не говоритъ ничего о наслѣдованіи мужа послѣ жены, точно такъ, какъ ничего не говоритъ и о правѣ его жить вмѣстѣ съ своими дѣтьми и быть полновластнымъ распорядителемъ оставшагося послѣ жены имущества. Ибо эти права отца семейства разумѣлись сами собою». (И вопросъ *Бѣляева* и его рѣшеніе на стр. 48 — излишни. См. стр. 51 его-же; *Шульгинъ* стр. 67). Такова, значитъ, еще одна причина окончательно объясняющая для насъ — почему въ Русской Правдѣ нѣтъ и помину о какой-нибудь части мужа въ имуществѣ жены. Да такъ оно и должно быть, какъ-скоро мы согласны признать, что въ эпоху Русской Правды родовое начало наслѣдованія еще не успѣло выразиться въ дѣйствительности въ своемъ чистомъ видѣ. При такихъ обстоятельствахъ о выморочности имущества послѣ бездѣтной женщины не было и не могло быть и рѣчи.

Семейный авторитетъ, какъ мы не разъ уже говорили, могъ быть сосредоточенъ не только въ лицѣ мужчины, но и въ лицѣ женщины, какъ родоначальницы семьи. Но естественное дѣло, что, по самой природѣ женщины, авторитетъ въ ея рукахъ не можетъ быть осуществляемъ съ такою энергіей и настойчивостью, какъ въ рукахъ мужчины. У нея онъ можетъ оказаться безсильнымъ для того, чтобы сдерживать составъ семьи; послѣдняя распадется, и мать останется быть можетъ съ своею частью въ рукахъ, съ тѣмъ, что возложилъ на нее мужъ, или что вообще слѣдовало ей и безъ такого возложенія, но можетъ остаться безпріютною и безпомощною. Чтобъ и въ такихъ об-

стоятельствахъ обезпечить ея положеніе, законъ Русской Правды, какъ мы знаемъ уже, прежде всего постановляетъ, что на дворѣ своего мужа ея воля должна быть безусловно господствующею. Но этимъ дѣло не ограничивается: на тотъ случай, еслибы такое обезпеченіе оказалось недостаточнымъ, еслибы мать не умѣла сдержать вмѣстѣ составъ семьи, или не захотѣла этого,—на такой случай установляется особенный порядокъ наслѣдованія послѣ женщины, значительно отступающій отъ порядка общаго. Сущность его можетъ быть схвачена въ нѣсколькихъ словахъ и состоитъ въ слѣдующемъ: если семья не сдерживалась авторитетомъ матери, если она разошлась, раздѣлилась, то матери остается только пристроиться у того или другаго изъ своихъ дѣтей. Кто скормитъ ее по смерть, при комъ она умретъ, тотъ и наслѣдникъ послѣ нея во всемъ ея имуществѣ. Но обратимъ вниманіе прежде всего на то, что опять-таки законъ высказывается и здѣсь съ характеромъ юридической необходимости: онъ устанавливаетъ извѣстную градацію въ выборѣ дѣтей. Сначала мать должна испробовать житье у сыновей, и только тогда, когда всѣ они окажутся лихими, можетъ перейдти и къ дочери. Но постановленія Русской Правды о наслѣдованіи послѣ матери обращаютъ на себя вниманіе вотъ съ какой еще стороны: установленный ими порядокъ наслѣдованія опредѣленъ лишь диспозитивно, на тотъ случай, если мать умретъ *безъ языка*. Вотъ гдѣ оказываются диспозитивныя, гипотетическія нормы и въ Русской Правдѣ, а не тамъ, гдѣ ихъ обыкновенно видятъ въ наслѣдственномъ правѣ этого памятника. Самая предсмертная воля матери носитъ совсѣмъ иной характеръ, — характеръ субъективнаго произвола. Воля эта не называется рядомъ, какъ воля отца; въ своихъ предсмертныхъ распоряженіяхъ мать можетъ выйдти за предѣлы тѣхъ ограниченій, которыя поставлены для воли отца юридическою необходимостью въ видѣ семейнаго начала. Вотъ еще одинъ слу-

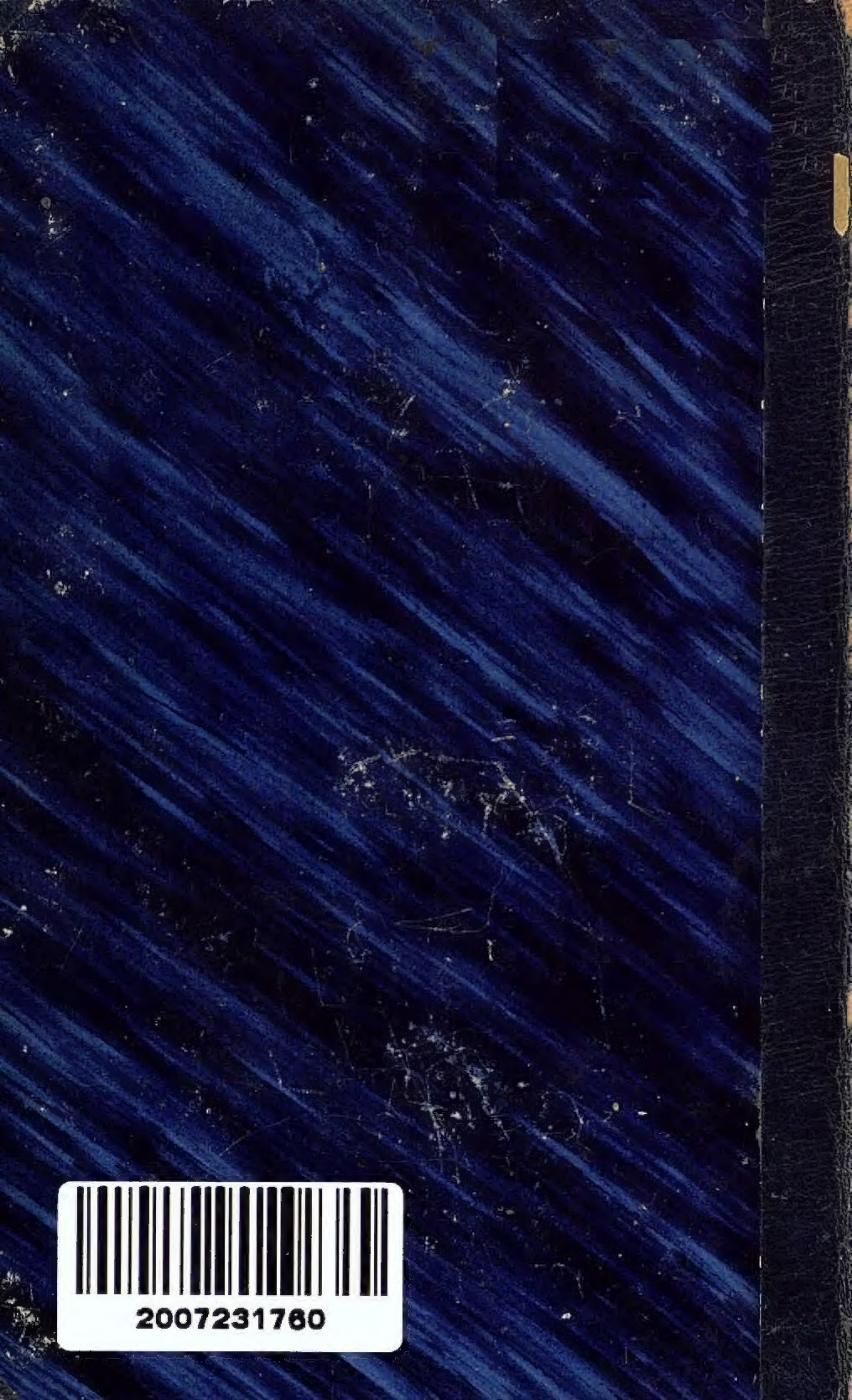
чай, гдѣ изъ-за специальнаго повода, изъ-за особеннаго положенія матери, признанъ принципъ субъективнаго произвола, т. е. свободнаго завѣщательнаго наслѣдованія. (Ср. *Witte*, стр. 37 – 39; *Поповъ*, стр. 110; *Губе*, 68 — 69; *Бѣляевъ*, стр. 45 — 46; *Рождественскій*, стр. 36 — 37).

На этомъ мы считаемъ возможнымъ пріостановить нашъ очеркъ начальныхъ догмъ русскаго наслѣдственнаго права. Мы указали лишь на тѣ догмы, которыя выставлены уже въ первомъ положительномъ памятникѣ русскаго права, намекая затѣмъ на то развитіе, какое предстояло той или другой догмѣ впослѣдствіи, но только намекая, такъ-какъ самое изложеніе такого развитія завело бы насъ далеко за предѣлы предположенной нами задачи. Мы считали далѣе какъ-разъ соотвѣтствующимъ нашему плану указывать и на тѣ случаи, гдѣ въ Русской Правдѣ не дано пока никакой догмы, но тѣмъ не менѣе фактическая или юридическая обстановка случая такова, что въ ней данъ былъ поводъ возникновенія догмы впослѣдствіи. Такимъ образомъ мы совершенно въ-правѣ дать названіе своей работѣ: «Исходные моменты русскаго права наслѣдованія». Существенныя основныя черты нынѣшней системы нашего наслѣдственнаго права, по-крайней-мѣрѣ, намъ такъ кажется, мы успѣли вскрыть хотя приблизительно въ ту пору, когда онѣ находились въ зачаточномъ состояніи. Общій результатъ нашего изслѣдованія сводится вотъ къ чему: a) Убѣдительно или нѣтъ, мы старались доказать, что институтъ тестамента чуждъ нашему наслѣдованію въ его первоначальномъ видѣ, и что за-тѣмъ, оказавшись въ немъ впослѣдствіи, онъ оказывается не приведеннымъ въ соотвѣтствіе съ остальными началами наслѣдованія. b) Но мы указали вмѣстѣ съ тѣмъ на тѣ стороны ряда и на другія обстоятельства, которыя могли вызвать и дѣйствительно вызвали

впослѣдствіи институтъ завѣщанія, какъ тестамента. c) Началомъ, выразившимъ собой юридическую необходимость, было начало родственной связи въ видѣ семейнаго начала. Разъясненіе свойствъ и природы этого начала заставило насъ заняться юридическою формулировкой и схематикой отношеній въ семьѣ, но въ этомъ едва-ли можно видѣть отступленіе въ сторону. Путемъ разнообразныхъ посылокъ мы пришли къ тому заключенію, что семейное начало было господствующимъ, и что тамъ, гдѣ кончалось его примѣненіе, начиналась выморочность имущества. d) Но тутъ-же, далѣе, мы указали и на тѣ бытовыя отношенія, которыя, по нашему мнѣнію, расширили семейное начало въ начало родовое. e) Мы указали далѣе, что родовое начало, выступивши въ обстановкѣ семьи, какъ соединенія нѣсколькихъ лицъ, связанныхъ между прочимъ и общимъ сожительствомъ, само собой вело къ неравенству въ наслѣдованіи мужчинъ и женщинъ caeteris paribus, и если мы представимъ себѣ вполнѣ причину такого неравенства, то намъ станетъ понятнымъ, что въ настоящее время подобное неравенство представляется совершенно ненужною историческою несправедливостью. Семья въ настоящее время, какъ мы замѣтили, стала ни больше, какъ терминомъ, выражающимъ собою одинъ видъ родственной связи, безъ всякаго конкретнаго момента въ родѣ общаго сожительства, но въ такомъ разѣ сказанному неравенству нѣтъ ни объясненія (кромѣ историческаго), ни оправданія. f) Здѣсь мы можемъ еще замѣтить, что, по нашему мнѣнію, такая концепція семьи, какъ одного лишь вида родственной связи, высказалась между прочимъ въ одномъ случаѣ и въ Русской Правдѣ, именно, въ случаѣ допущенія къ наслѣдству замужнихъ, т. е. уже выдѣленныхъ дочерей и выдѣленныхъ же сыновей, или вообще мужчинъ. g) Далѣе, мы показали, почему въ Русской Правдѣ нѣтъ и рѣчи о принятіи наслѣдства, — причина этому та обстановка, въ которой примѣнялось семейное начало и даже на

первыхъ порахъ начало родовое. h) Наконецъ, одна изъ цѣлей нашей работы, между прочимъ, заключалась и въ томъ, чтобы показать, что русское наслѣдованіе на первыхъ порахъ было чуждо сословныхъ различій, что оно носило характеръ общности, словомъ, тотъ характеръ, къ которому въ принципѣ оно опять начинаетъ возвращаться въ нынѣ дѣйствующемъ законодательствѣ. Таковы главнѣйшіе результаты нашей работы. Добывая ихъ, мы затронули не одинъ изъ вопросовъ, болѣе или менѣе второстепенныхъ, давая на каждый изъ нихъ такой отвѣтъ, какой прежде всего казался намъ соотвѣтствующимъ съ отвѣтами на другіе вопросы. Слѣдовательно, общій характеръ нашей работы вполнѣ опредѣлится, если мы будемъ смотрѣть на нее, какъ на этюдъ, вводный въ догматическую исторію русскаго наслѣдственнаго права. Вотъ почему въ нашихъ выводахъ и соображеніяхъ мы имѣли въ виду прежде всего факты, болѣе или менѣе общеизвѣстные всѣмъ, кто занимался исторіею русскаго гражданскаго права. Во всякомъ случаѣ, если не вполнѣ, то хоть отчасти, мы сдержали свое обѣщаніе — взглянуть на исторію одного изъ отдѣловъ русскаго гражданскаго права догматически, и хоть отчасти успѣли показать, что при такомъ взглядѣ могутъ получиться такіе выводы и становятся важными такіе вопросы, которые при другомъ взглядѣ или совсѣмъ не имѣютъ мѣста, или по-крайней-мѣрѣ представляются въ тѣни. Всякій, конечно, смотритъ на дѣло по-своему; намъ лично нужна исторія юридическихъ идей и понятій, управлявшихъ и управляющихъ русскимъ юридическимъ бытомъ: ее мы искали здѣсь въ первую пору исторіи этого быта и не намѣрены отказаться отъ такихъ поисковъ на будущее время.


2007231760


2007231760